This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

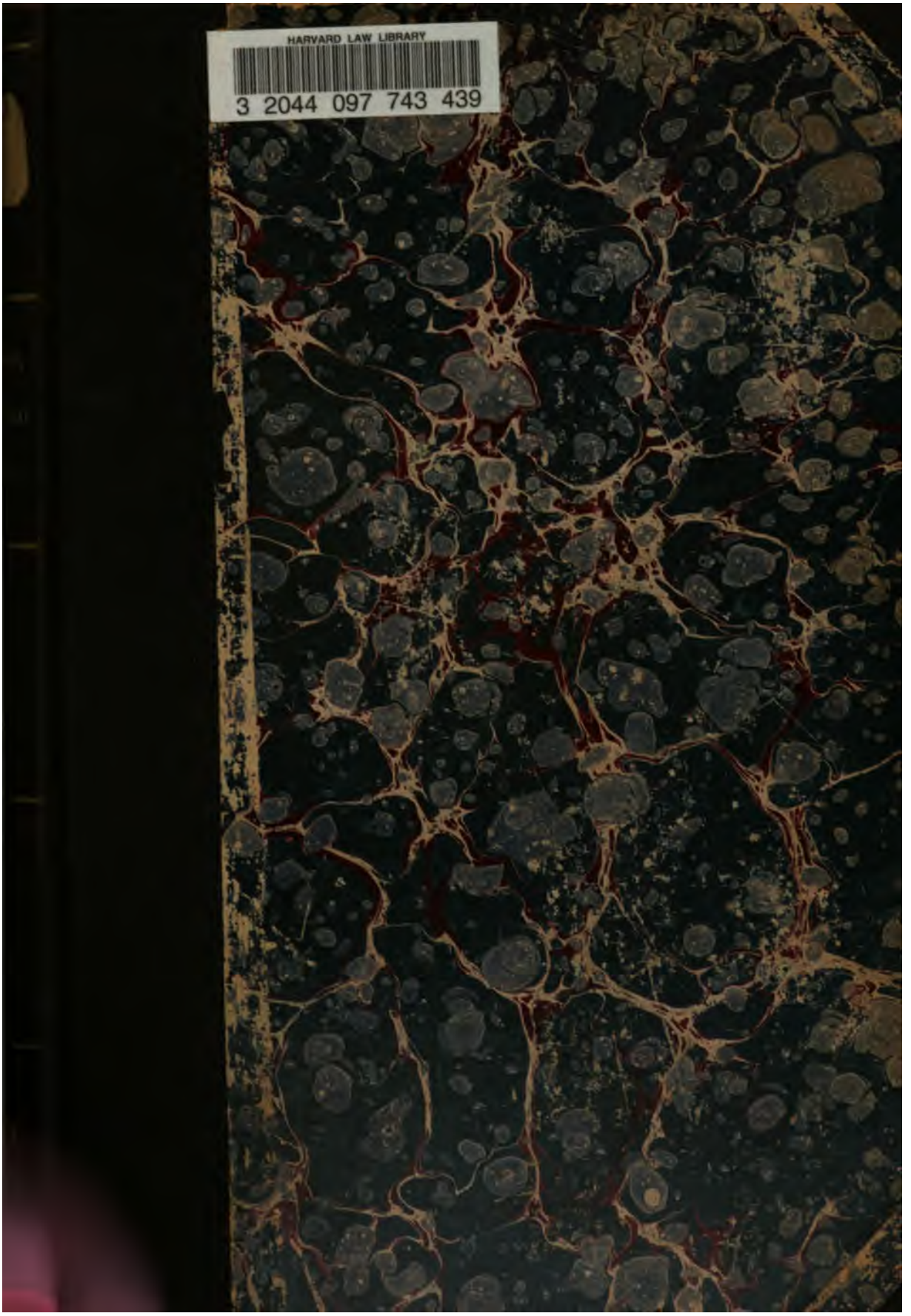
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 743 439

P7449

HARVARD LAW LIBRARY

Received

Germany

Prof. Dr [illegible]
Berlin W. 15
Kurfürstendamm 2[illegible] III

P.106: 657 A.5,1 translatio unum folius in patrem dum tarat de peculio

Angeogn. a Winger 3-26 8.5.24 [illegible]

Translatio iudicii

Translatio iudicii

Eine Studie zum römischen Zivilprozeß

von

Dr. iur. Paul Koschaker

GRAZ
LEUSCHNER & LUBENSKY'S
UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG
1905

For tr
K

DEC 1 4 1920

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn

Geheimen Hofrat Dr. LUDWIG MITTEIS

Professor an der Universität Leipzig

in Treue und Dankbarkeit

zugeeignet

Vorwort.

Ehe ich die vorliegende Arbeit der Öffentlichkeit übergebe, drängt es mich, allen jenen, welche mich in meinen wissenschaftlichen Studien gefördert haben, meinen wärmsten Dank auszusprechen. Zunächst dem hohen k. k. österreichischen Unterrichtsministerium für die Verleihung mehrerer Reisestipendien, welche mir einen einjährigen Studienaufenthalt in Leipzig ermöglichten, ferner allen meinen verehrten Lehrern an der Grazer und Leipziger Universität, unter denen ich mit dem Ausdrucke besonderen Dankes des Herrn Professors Hanausek in Graz, in dessen Seminar ich die ersten Anregungen zu selbständiger wissenschaftlicher Tätigkeit empfing und der mir auch fernerhin stets ein gütiger Berater geblieben ist, sowie der Herren Professoren Wenger in Wien und Mitteis in Leipzig gedenke. Unter Herrn Professor Mitteis' Augen habe ich die vorliegende Arbeit begonnen und er sowie Professor Wenger sind mir bei der Ausarbeitung derselben stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden und haben dem Anfänger in der Wissenschaft mehr als einmal den rechten Weg gewiesen.

Graz, im Jänner 1905.

Paul Koschaker.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Fixierung des Problems der *translatio iudicii*. — Bewirkt dieselbe Prozeßsukzession oder neuen Prozeß? — Literaturübersicht. — Praktische Bedeutung des Problems. — Prozessuale Sukzessionen vor der Litiskontestation.

I. Kapitel.

Prozeßtranslation bei Intervention von Prozeßvertretern.

§ 1 40

Das kognitorische Translationsedikt. — Unanwendbarkeit desselben auf den Prokurator. — Fr. 27 D (3, 3).

§ 2 58

Die prokuratorische Prozeßtranslation. — Sie bewirkt neuen Prozeß für den Prozeßnachfolger — Einzelheiten des Verfahrens.

§ 3 72

Die kognitorische Prozeßtranslation. — Sie wahrt die Einheit des Streitverhältnisses und erfordert keine neue Litiskontestation. — Einzelheiten des Verfahrens. — Widerspruchsrecht des Kognitors gegen die *translatio iudicii*. — *Excepitio cognitoria*. — Ergebnisse.

§ 4 99

Substitutionsrecht des Kognitors. — Einfluß des Todes des Kognitors auf den Prozeß.

§ 5 110

Praktische Bedeutung der kognitorischen Prozeßtranslation im Verhältnis zur prokuratorischen. — Analoge Anwendung

Seite

des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator im nachklassischen Recht.

§ 6 117

Juristische Konstruktion der prokuratorischen und kognitorischen Prozeßtranslation. — Der Kognitor direkter oder indirekter Stellvertreter? — *Dominium litis.*

§ 7 150

Prozeßtranslationen im Vormundschaftsrecht.

II. Kapitel.

Einzelne Translationsfälle.

§ 1 171

Fr. 57 D (5, 1). — Quellenkritik. — Exequierbarkeit von Schulden der Hauskinder. — *Actio iudicati de peculio* aus Delikten der Hauskinder.

§ 2 199

Fr. 14, 1 und 15 D (9, 4). — *Noxae datio* des *servus fructuarius* und des *statuliber*.

§ 3 220

Fr. 24, 4 D (40, 12).

§ 4 227

Fr. 17, 4 D (47, 10).

§ 5 232

Einfluß der *capitis deminutio* der Partei auf den schwebenden Prozeß.

III. Kapitel.

Prozeßtranslation auf den Erben.

§ 1 239

Prozessuale Gestaltung der Sukzession des Erben in die Prozeßobligation.

§ 2 255

Translationsformeln.

§ 3 275

Translationsverfahren.

§ 4 293

Fr. 33 D (46, 1).

Seite

IV. Kapitel.

Iudicis mutatio 306

Einfluß derselben auf das Prozeßverhältnis. — Subjektive Beziehung der römischen Prozeßobligation. — Die *iudicis mutatio* in Beziehung zur Wlassakschen und Lenelschen Lehre vom Verhältnis der *iudicii datio* zur *iudicis addictio*.

Quellenregister 322

Zusätze und Berichtigungen 332

Einleitung.

Die Lehre von der *translatio iudicii* findet in den neueren Darstellungen des römischen Zivilprozeßrechts[1]) nur geringe Beachtung. Die Ursache davon mag nicht so sehr in dem verhältnismäßig geringen Quellenmaterial, welches zur Verfügung steht, liegen — denn bei näherem Zusehen erweist sich dasselbe nicht als unergiebig — als vielmehr in der einseitigen Auffassung des Prozesses als Verfahren, eine Auffassung, welche die ältere Prozeßdoktrin beherrschte und die auch auf die Darstellung des römischen Zivilprozesses nicht ohne Einfluß blieb. Von diesem Standpunkte aus ist es begreiflich, daß man das über die *translatio iudicii* Wissenswerte gesagt zu haben glaubte, wenn man lehrte, daß bei Änderungen in der Person des Richters[2]) oder der Prozeßparteien (Tod einer Partei, Wechsel des Prozeßvertreters usw.) der Prätor eine neue Formel gab, die dem geänderten Prozeß-

[1]) Vgl. Zimmern, röm. Zivilprozeß S. 362, 363; Keller-Wach, röm. Zivilprozeß[6] § 68; Bethmann-Hollweg, röm. Zivilprozeß II S. 451 ff.; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II S. 248, 249; Wetzell, System des Zivilprozesses[3] S. 41 ff.

[2]) Vgl. darüber unten Kap. 4.

personenstande Rechnung trug und daß man sich im übrigen begnügte, die in den Quellen erwähnten Prozeßtranslationsfälle zu registrieren.

Die moderne Prozeßtheorie lehrt uns zwischen Prozeß als Verfahren und Prozeß als Rechtsverhältnis unterscheiden.[1]) Die Grundlagen in dieser Richtung haben für den römischen Zivilprozeß die Arbeiten Bekkers[2]) und namentlich Wlassaks[3]) geschaffen und es mag gleich an dieser Stelle ausgesprochen werden, daß erst die Forschungen dieser Gelehrten die vorliegende Arbeit ermöglicht haben.

Ist der Prozeß auch eine Rechtsbeziehung, ein Rechtsverhältnis zwischen den Prozeßsubjekten (Prozeßrechtsverhältnis, Prozeßobligation), so entsteht sofort die Frage, ob bei Wechsel in den Prozeßsubjekten die Prozeßobligation für das neu eintretende Prozeßsubjekt noch

---

[1]) Vgl. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 1 ff. Die subjektive Beziehung des Prozeßrechtsverhältnisses ist in der modernen Literatur allerdings sehr bestritten. Vgl. darüber unten Kap. 4. Daß das Prozeßrechtsverhältnis ein einheitliches und nicht eine Reihe kontinuierlich neu entstehender Rechtsverhältnisse (Schultze, Konkursrecht S. VIII, Privatrecht u. Prozeß S. 48 ff. 287; Menger, Zivilprozeß S. 291 ff.) sei, wird jetzt wohl allgemein angenommen. Vgl. Wach, Handbuch des Zivilprozesses I S. 34 ff.; Kohler, a. a. O. S. 3 ff.

[2]) Die Aktionen des römischen Privatrechts. Vgl. insbesondere Bd. II S. 174 ff.

[3]) Römische Prozeßgesetze (im folgenden zitiert P. G.), die Litiskontestation des Formularprozesses (im folgenden zitiert L. K.) zur Geschichte der Kognitur.

dieselbe sei, mit anderen Worten, ob das neue Prozeßsubjekt in die Rechtsposition des ausscheidenden sukzediere oder nicht.[1]) Dasselbe Problem besteht auch für

---

[1]) Es ist bezeichnend, daß das Nichtunterscheiden zwischen Prozeß als Verfahren und Rechtsverhältnis der älteren Doktrin des gemeinen Prozesses gerade im Punkte der Prozeßtranslation Schwierigkeiten bereitet hatte, die sie nicht zu meistern vermochte. Man fand einerseits in den römischen Quellen ausgesprochen, daß der schwebende Prozeß *ipso iure* auf den Erben übergehe, anderseits sah man sich einer Praxis gegenüber, die zum Eintritt des Erben in den rechtshängigen Streit ein besonderes Reassumtionsverfahren forderte. Das schien unvereinbar. Denn wenn der Prozeß ein Verfahren ist, in welches der Erbe sukzediert, wozu bedarf es erst noch eines besonderen Litisreassumtionsverfahrens, um den Eintritt des Erben in den Prozeß zu vermitteln? Umgekehrt schloß man aus dem Vorhandensein der Litisreassumtion, daß der Erbe erst auf Grund derselben und nicht kraft Erbrechts Prozeßsubjekt werde und behauptete demgemäß, daß die Reassumtion gewohnheitsrechtlicher Bildung *contra ius Romanum* ihre Entstehung verdanke. Vgl. Frank in der Ztschr. f. deutsch. Z. P. 13 S. 184 ff.; Sperl, Sukzession in den Prozeß S. 73 ff.; Carpzov, Processus iuris in foro Sax. tit. VI art. IV § 1 (zitiert nach Frank, a. a. O. S. 185): *Expeditum est de iure civili litem coeptam non extingui morte litigantis, sed ad heredes eorum active et passive ipso iure transire, si quidem heredes adeundo hereditatem ipso iure efficiuntur domini litis, ex quo manifeste apparet haud opus esse litis reassumtione. Attamen observantia in iudiciis ubique per locum litis sive processus reassumtionem introduxit*; Lauterbach, de transitione actionum, thes. 40 (zitiert nach Sperl, a. a. O. S. 74 N. 2): *de iure tamen communi nulla reassumtio necessaria, nam instantia in causis civilibus coepta morte litigantium non extinguitur, sed active et passive ad heredes transit, quod tamen moribus est mutatum.* In der Tat ist aber Sukzession des

den römischen Zivilprozeß. Die römische Prozeßobligation (*actio, lis, iudicium*[1]), das *condemnari oportere* der uns von Gaius[2] überlieferten Rechtsparömie der *rebus*, entsteht durch den Prozeßbegründungsakt der Litiskontestation, einen **Formalvertrag zwischen den Parteien**. Diese von Wlassak in seiner Schrift über die Litiskontestation des römischen Formularprozesses zuerst aufgestellte, seither von Lenel,[3] Wenger,[4] Schott[5] angenommene und weiter ausgebaute Theorie hat in neuester Zeit von namhafter Seite Anfechtung erfahren. Sowohl Hölder[6] wie Bekker[7] sind gegen Wlassak aufgetreten und haben Rückkehr zu der bis zum Er-

---

Erben in die Parteirolle des Erblassers mit einem besonderen Reassumtionsverfahren wohl vereinbar. Über die Gestaltung der Prozeßtranslation auf den Erben vgl. unten Kap. 3.

[1]) Vgl. Wlassak, Art. actio in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie I S. 307 und die daselbst zitierten Quellenbelege und Literatur.

[2]) Inst. III 180.

[3]) Zeitschr. für Rechtsgeschichte (im folgenden zitiert Z. R. G.) 28 S. 374 ff.

[4]) Zur Lehre von der actio iudicati S. 123 ff.

[5]) Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Zivilprozeß S. 57 ff. In seinem neuesten Buche „Röm. Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft" S. 57 ff., 75 ff. gelangt Schott nach nochmaliger Überprüfung des Quellenmaterials zum selben Ergebnis.

[6]) Bereits im Leipziger Dekanatsprogramm 1903. Dieselbe Abhandlung in umgearbeiteter Form und mehr auf die Quellen eingehend in Z. R. G. 37 S. 197 ff.

[7]) Z. R. G. 37 S. 361 ff. Vgl. auch Bekker, Z. R G. 28 S. 151, 158 ff.

scheinen von Wlassaks genannter Schrift herrschenden Kellerschen Lehre gefordert. Ich glaube nichtsdestoweniger an Wlassaks Lehre festhalten zu müssen. Hölders Einwendungen hat Lenel[1]) m. E. in treffender Weise widerlegt und mit Recht darauf hingewiesen, daß die durch ein erkleckliches Quellenmaterial fundierte Theorie Wlassaks nicht durch Erwägungen allgemeiner Natur, wie sie Hölder ins Feld führt, beseitigt werden könne. Die Vertragstheorie entspricht auch am besten dem Grundprinzip des römischen Prozesses, daß der Beklagte wider seinen Willen keinem *iudicium* unterworfen werden kann,[2]) [3]) sie wahrt ferner die historische Konti-

---

[1]) Z. R. G. 37 S. 331.

[2]) Vgl. Schott, Z. P. und moderne Rechtswissenschaft S. 76.

[3]) Auch Hölder, a. a. O. S. 227 ff., muß von seinem Standpunkte aus zugeben, daß ohne Einwilligung des Beklagten es zu einer *datio iudicii* seitens des Prätors nicht kommen konnte. Nur verlegt er im Gegensatz zu Wlassak dieses *iudicium accipere* des Beklagten vor die *datio iudicii*. Vgl. jedoch Wlassak, L. K S. 31 und die daselbst angeführten Quellenstellen. Hölder scheint es undenkbar, daß es im Belieben der Parteien gestanden haben sollte, von der erteilten *formula* Gebrauch zu machen. Allein wäre es nicht in gleichem Maße befremdlich, daß die Erteilung der Formel *(datio iudicii)*, also eines prätorischen Befehls, vom guten Willen des Beklagten abhängig gewesen sein sollte? Wäre in der Tat die Litiskontestation und die Konsumtionswirkung in der *datio formulae*, der autoritativen Willensäußerung des Prätors, (vgl. Bekker, Z. R. G. 28 S. 177; 37 S. 361) zu suchen, so hätten die Römer sicherlich nicht an dem Grundsatz, kein *iudicium* gegen den Willen des Beklagten und damit an der ökonomisch und praktisch bedenklichen

nuität. In dem Prozeßvertrag der klassischen Zeit spiegelt sich, wenn auch vielfach verdunkelt, der Prozeß der ältesten Zeit wieder, für welche Prozeß schiedsgerichtliches Verfahren unter Verzicht auf Selbsthilfe war.[1])

Die Litiskontestation ist also ein Vertrag und zwar ein Formalvertrag zwischen den Parteien. Gegenüber dieser Erkenntnis ist die Frage nach der Vertragsform nur von sekundärer Bedeutung.[2]) Die Prozeßobligation ist demnach als Vertragsobligation zu charakterisieren. Sie gehört als solche freilich nicht dem Zivilrechte, sondern dem Prozeßrechte an.[3]) Die Anwendbarkeit der Grundsätze des materiellen Rechts über Entstehung, Änderung und Aufhebung der Obligationen auf die Prozeßobligation ist daher keineswegs gegeben, sondern erst zu untersuchen. Ob die Prozeß-

---

missio in bona indefensi (vgl. Cic. pro Quinct. 16, 51) festgehalten. Denn wenn alles auf den prätorischen Befehl, die *datio formulae*, ankam, so wäre nicht einzusehen, warum dessen Wirksamkeit durch die vorhergehende Zustimmung des Beklagten zum *iudicium (iudicium accipere)* bedingt gewesen sein sollte. Es wäre dies ebenso unverständlich, wie wenn heutzutage jemand behaupten wollte, es gäbe kein Versäumnisurteil, wenn der Beklagte nicht zustimme.

[1]) Vgl. Lenel, a. a. O. S. 342, 343; Matthias, Die Entwicklung des röm. Schiedsgerichtes S. 1 ff. (Rostocker Festgabe für Windscheid); vgl. auch Bekker, Z. R. G. 28 S. 151.

[2]) Vgl. Wenger, actio iudicati S. 123, 124. Über die Form der Litiskontestation vgl. Wlassak, L. K. S. 53, P. G. II S. 60 N. 2, Kognitur S. 11; Lenel, Z. R. G. 28 S. 390 ff.; Kübler, Z. R. G. 29 S. 178; Trampedach, Z. R. G. 31 S. 135 ff.; Schott, Rechtsschutz S. 57 ff., Z. P. und Prozeßwissenschaft S. 46—56.

[3]) Dies betont mit Recht Wlassak, L. K. S. 61.

obligation dem materiellrechtlichen Begriffe der Sukzession zugänglich sei, dies zu prüfen, ist Gegenstand dieser Abhandlung. Ist die Prozeßobligation für das neue an die Stelle des bisherigen tretende Prozeßsubjekt dieselbe oder nicht? Nur im ersteren Fall kann man von Sukzession sprechen. Da die Prozeßobligation wie jede Obligation durch ihren Entstehungsgrund, die Litiskontestation, individualisiert wird,[1] so kann man noch präziser fragen, ob der Eintritt eines neuen Prozeßsubjektes in den rechtshängigen Streit sich auf Grund einer neuen Litiskontestation vollziehe oder nicht.

Das Verdienst, dies in der *translatio iudicii* steckende Problem, wenn auch nicht in der hier präzisierten Form, zuerst erkannt zu haben, gebührt Eisele. In einer kurzen Notiz in der Z. R. G. 15 S. 138 ff. zu einem Scholion des Thalelaeus[2] zu c. 20 C (2, 12) äußert sich Eisele dahin, daß die *translatio iudicii* juristisch eine *restitutio in integrum* darstelle. Die Klage sei durch die Litiskontestation mit dem Vorgänger im Prozeß konsumiert. Eine neue Klage sei daher für und gegen den Prozeßnachfolger, sei es nun der Erbe oder ein nach der Litiskontestation in den Prozeß tretender Kognitor oder Prokurator, ausgeschlossen. Die Prozeßtranslation könne sich also nur in der Weise vollziehen, daß der Prätor im Wege der *restitutio in integrum* die Litiskontestation mit dem Prozeß-

---

[1] Vgl. Mitteis, Individualisierung der Obligation S. 5, 6.

[2] Heimbach, Bas. I S. 413.

vorgänger aufhebe und eine neue Klage und Formel für beziehungsweise gegen den Prozeßnachfolger gebe. Letztere müßte in den Fällen der *ipso iure* Konsumtion[1]) die Fiktion, daß mit dem Prozeßvorgänger die Streitbefestigung nicht vollzogen worden sei *(ac si de ea re actum non esset)*,[2]) enthalten haben, bei prätorischer Konsumtion habe Denegation der *exceptio rei in iudicium deductae*[3]) genügt.

Eisele leugnet also schlechterdings die Möglichkeit einer Prozeßsukzession.[4]) Man wird seinen Aufstellungen die Anerkennung nicht versagen dürfen, daß sie logisch

---

[1]) Gai. III 180, 181, IV 106 ff.

[2]) Die Quellen sprechen in diesem Falle von *rescissio, restauratio, instauratio.* Vgl. Erman, Annales de l'université de Lyon (1903) S. 208 N. 1 gegen Pokrowsky, Z. R. G. 33 S. 122. Vgl. auch Bekker, Aktionen II S. 85 ff.

[3]) Lenel, Ediktum perpetuum S. 403 ff. (im folgenden zitiert E. P.) hat bekanntlich die Ansicht vertreten, daß es im Album nur eine *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* gegeben habe und an derselben trotz Eiseles (Abhandlungen zum röm. Z. P. S. 4 ff., Z. R. G. 34 S. 1 ff.) Widerspruch auch in der französischen Ausgabe des Ediktum perpetuum (II S. 254 ff.) festgehalten. Der Autuner Kommentar zu Gaius' Institutionen scheint indessen Lenel nicht recht zu geben. Vgl. Gai. Aut. 110 (zitiert nach Krüger, Der Kommentar zu Gai institutiones in Autun, Z. R. G. 37 S. 404): *Opponitur exceptio rei in iudicium, hoc est si adhuc pendet iudicium . . . um deductae, si iudicata in legitimo iudicio, rei iudicatae.* Die Quelle ist allerdings von zweifelhaftem Wert. Vgl. Bekker, Z. R. G. 37 S. 347 N. 1; Hölder, ebenda S. 233; Erman, a. a. O. S. 281, 294 ff.

[4]) In seiner Kognitur und Prokuratur S. 106, 107 hat Eisele seine frühere Ansicht über die *translatio iudicii* aufgegeben. Er erblickt jetzt wenigstens im Übergang des Prozesses vom Dominus

berechtigt sind. Denn es ist Eisele gewiß zuzugeben, daß die *translatio iudicii* ihrem juristischen Wesen nach in der Regel als *restitutio in integrum*[1]) zu qualifizieren sein wird,[2]) wenn die Voraussetzung zutrifft, daß der Eintritt des Prozeßnachfolgers in den Streit nur auf Grund einer neuen Streitbefestigung erfolgen kann. Denn diese zweite Litiskontestation wäre *de eadem re* und würde gegen den Grundsatz *„ne bis de eadem re sit actio"* verstoßen. Allein diese Voraussetzung muß erst bewiesen werden.

Eisele[3]) hat daher auch bei Sperl[4]) lebhaften Widerspruch gefunden. Sperl — m. W. der einzige, der

---

auf einen Kognitor beziehungsweise umgekehrt eine prozessuale Sukzession.

[1]) Ganz allgemein trifft auch dies nicht zu. Vgl. D (5, 1) 57 und unten Kap. 2 § 1.

[2]) Keller, Z. P. § 68 definiert allerdings die *translatio iudicii* als „vom Magistrat zu impetrierende Veränderung im Personal des Prozesses bei wesentlich fortdauernder Giltigkeit des übrigen, insbesondere des objektiven, Bestandes der Formula" und lehrt, daß erst eine Abänderung der Formel nach ihrem objektiven Inhalt einer *restitutio in integrum* bedürfe. Ebenso Rudorff, R. G. II S. 249. Gedacht ist hiebei, wie die von Keller und Rudorff angeführten Quellenbeispiele (das Zitat aus Seneca bei Keller, N. 820 ist Fehlzitat; es soll heißen Sen. ep. 117, 6) ergeben, an Abänderungen der Kondemnationssumme, nachträgliche Einsetzung einer *exceptio*. Ich vermag die Berechtigung dieser Unterscheidung um so weniger zuzugeben, als auch bei der *translatio iudicii* Abänderung des objektiven Inhaltes der Formel im Sinne Kellers erforderlich sein kann. Vgl. einstweilen D (3, 2) 14, D (5, 1) 57, D (9, 4) 15.

[3]) Gegen Eisele auch Wach bei Keller, Z. P.[6] N. 812a.

[4]) Sukzession in den Prozeß S. 45 ff.

die *translatio iudicii* ex professo behandelt hat — sieht in derselben die Bewirkung einer Sukzession des Prozeßnachfolgers in das durch die Streitbefestigung mit dem Prozeßvorgänger begründete Prozeßverhältnis. Von einer neuen Litiskontestation mit dem Prozeßnachfolger könne keine Rede sein. Änderungen in der Formel seien natürlich notwendig, allein dieselben bewirkten keineswegs, daß der Prozeß für die neue Partei ein *novum iudicium* sei.

Man muß gegen Sperl denselben Vorwurf erheben wie gegen Eisele. Wenn dieser von der unbewiesenen Voraussetzung ausgeht, daß zum Fortgange des Prozesses eine neue Litiskontestation mit dem Prozeßnachfolger erforderlich sei, so nimmt jener die Anwendbarkeit des Sukzessionsbegriffes als gegeben an.[1]) Keine der beiden Annahmen versteht sich von selbst, wenn auch die Sperls näher liegen mochte, da er nur die Prozeßtranslation auf den Erben zum Gegenstand seiner Untersuchung gemacht hat.

Dem Standpunkt Eiseles scheint sich wiederum Wlassak[2]) zu nähern. Ihm ist die *translatio iudicii* ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Wiederholung der Litiskontestation, nur daß dabei nicht die alte, sondern die geänderte Formel als Prozeßmittel dient. „Die Vorstellung, daß der Prätor die *translatio* anordnete und auch vollendete, ist sicher ebenso unhaltbar wie das Kellersche Unding einer vom Magistrat vollzogenen

---

[1]) A. a. O. S. 12 ff.

[2]) Kognitur S. 40. 41.

Streitbefestigung. Dem Kläger konnte man doch unmöglich einen neuen Gegner aufdrängen, vielmehr mußte er abermals einen Prozeßvertrag abschließen." Wlassak erblickt also gleich Eisele in der *translatio iudicii* eine neue Litiskontestation.[1]) Er folgert daraus jedoch nicht wie jener, daß für diese zweite Streitbefestigung *de eadem re* erst Raum geschaffen werden müsse durch eine *restitutio in integrum*, sondern bemerkt[2]) vielmehr, daß es wichtig sei zu untersuchen, „ob und wie die Römer zur Annahme der Einheit des alten und neuen Prozeßverhältnisses gelangten".

Ich kann in diesem Punkte Wlassak nicht ganz zustimmen. Es ist gewiß zutreffend zu fragen, ob in allen in den Quellen überlieferten Translationsfällen Einheit der Prozeßobligation vorliege und es leuchtet ein, daß man, wenn für gewisse Fälle diese Frage verneint werden müßte, den transferierten Prozeß als *novum iudicium* nur auf eine *nova litiscontestatio* stützen könnte. Sollten die Quellen aber Fälle ergeben, in denen die Einheit der Prozeßobligation für die alte Partei und den Prozeßnachfolger außer Zweifel ist, so scheint mir damit die Annahme einer neuen Litiskontestation kaum verträglich.[3])[4]) Beruht der transferierte Prozeß auf einer neuen

---

[1]) Wlassak spricht zwar von einer „wiederholten Streitbefestigung", allein der Sache nach kommt dies auf eine neue Litiskontestation hinaus.

[2]) A. a. O. S. 41 N. 11.

[3]) Vgl. einstweilen fr. 14 D (3, 2) Paul. l. 5 ad edict.: *Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem*

Streitbefestigung, so kann er ebensowenig mit dem alten Prozeßverhältnis *idem iudicium* sein als die durch Novation umgewandelte Forderung mit der alten *eadem obligatio* ist.

Diese Literaturübersicht[1]) zeigt, daß man über das juristische Wesen der *translatio iudicii* noch keineswegs

---

liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur: quippe cum initio lis in eum contestata non sit.

[4]) Es muß allerdings hervorgehoben werden, daß Wlassak, a. a. O. S. 41 N. 11 es dahingestellt sein läßt, ob alle Translationsfälle denselben Grundsätzen unterlagen.

[1]) Nichts bestimmtes über das Wesen der Prozeßtranslation bieten die gelegentlichen Äußerungen Rümelins, Zur Geschichte der Stellvertretung (Tüb. Diss.) S. 100: „Mit der Litiskontestation des Prokurators *(defensor)* war verbunden die Begründung eines festen Streitverhältnisses zwischen Vertreter und Gegner. Ein Eintritt des Dominus in den Prozeß war nur auf Grund einer *translatio iudicii* durch den Prätor möglich. Eine solche griff bei der defensorischen Vertretung schwerlich Platz, ohne daß alle Beteiligten sich dahin geeinigt hätten, bei der prokuratorischen Vertretung aber wohl, sobald der Dominus zurückgekehrt war und er oder der Beklagte die *translatio* erlangte"; ferner Schotts, Z. P. und Prozeßwissenschaft S. 53: „Eine Abänderung der Formel (nach der *datio formulae*) durch die Parteien ist natürlich nicht möglich. Etwas anderes ist die nachträgliche unter Mitwirkung des Prätors, *causa tamen prius cognita*, stattfindende Emendation oder Mutation oder Translation." Vgl. ferner S. 55: „Nach Litiskontestation müßte (behufs Änderung der Formel) wegen der Konsumtion eine Restitution dazu kommen. Spätere Änderungen der Formel auf Parteiantrag hier, wie sie sich in Emendationen, Translationen oder Mutationen zeigt, sind natürlich ausnahmsweise *„prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas"* gestattet."

zu einer einheitlichen Auffassung gelangt ist. Der Versuch das einschlägige, leider nicht zu reiche, Quellenmaterial einer nochmaligen Überprüfung zu unterziehen, mag daher berechtigt erscheinen. Klarheit wird sich hiebei nur gewinnen lassen, wenn man jeden einzelnen in den Quellen überlieferten Translationsfall nach der oben bezeichneten Richtung hin untersucht. Unsere Aufgabe ist jedoch noch nicht gelöst, wenn wir für den einzelnen Fall konstatiert haben, daß der Prozeßnachfolger auf Grund derselben Prozeßobligation prozessiere oder daß das Gegenteil zutreffe. Es gibt keine Prozeßtranslation, die sich aus rein prozeßrechtlichen Gründen erklären ließe. Jede *translatio iudicii* hat einen Translationsgrund,[1]) der im materiellen Rechte zu suchen ist und dessen Feststellung oft erst das Verständnis der prozeßrechtlichen Gestaltung erschließt. Auf diese materiellrechtliche Unterlage der Prozeßtranslation ist daher ebenfalls einzugehen, wenn volle Einsicht und Klarheit erstrebt werden soll.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf den Formularprozeß. Sowohl Spruchformel- wie Kognitionsprozeß bleiben außer Betracht. Der Grund liegt in der Beschaffenheit des Quellenmaterials, welches nur für das Schriftformelverfahren in ausreichendem Maße zur Verfügung steht.

Ich beginne mit der Darstellung der bei Intervention eines Kognitors oder Prokurators sich ergebenden Trans-

---

[1]) Er tritt bald klar zutage, z. B. Erbrecht, bald nicht. Vgl. z. B. D (5, 1) 57 und dazu unten Kap. 2 § 1.

lationsfälle, weil hier die Quellen am reichlichsten fließen. In den folgenden Kapiteln sollen die im Gebiete des Pekuliar-, Noxalrechts, bei Freiheitsprozessen usw. vorkommenden Prozeßtranslationen, die *translatio iudicii* auf den Erben und endlich die *mutatio iudicis* abgehandelt werden. Wenn hiebei einige Exkurse auf das Gebiet des materiellen Rechts sowie auf andere Gebiete des Prozeßrechts eingeflochten sind, so möge die dadurch bedingte Inkonzinnität der Darstellung damit entschuldigt werden, daß es, wie bereits bemerkt, erforderlich war, auf die materiellrechtliche Translationscausa des näheren einzugehen.

Bevor ich indessen in medias res trete, noch einige Bemerkungen:

I. Man könnte, sich auf die Terminologie der Quellen stützend, welche von ***translatio** iudicii*, ***transferre** iudicium*[1]) sprechen, unsere ganze Untersuchung als müßig bezeichnen. In dem Ausdruck ***transferre** iudicium* sei schon enthalten, daß das bestehende *iudicium* nur auf eine andere Person übertragen werde. Daraus ergebe sich die Identität der Prozeßobligation für die alte und die neue Partei von selbst. Diese Argumentation ist indessen ganz haltlos. Es wäre schon höchst bedenklich, einzig aus der Terminologie der Quellen derartige bestimmte Schlüsse zu ziehen und diese Abhandlung wird im einzelnen den Beweis erbringen, daß aus dem Terminus „*transferre iudicium*" gar keine Folgerung auf das juristische Wesen der *trans-*

[1]) Vgl. die betreffenden Artikel bei Brissonius, Dirksen und Heumann.

latio iudicii zulässig ist, daß dieser Ausdruck Fälle umfaßt, die ihrer juristischen Struktur nach total verschieden sind.[1]) Hier möchte ich nur auf einige Stellen verweisen, die besonders schlagend dartun, wie unrichtig es wäre, aus dem Terminus „***transferre** iudicium*" irgend welche Schlüsse auf die Einheit der Prozeßobligation zu ziehen.

D (4, 3) 7, 9 Ulpian. l. 11 ad edict.:

Si dolo malo cognitor (D: procurator[2]) *passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus **transferre iudicium** sub exceptione hac „si collusum est"*[3]) rell.

Hier bezeichnet Ulpian mit ***transferre iudicium*** die im Wege der *restitutio in integrum*[4]) erfolgende Er-

---

[1]) Auf die wechselnde Bedeutung des Terminus „*translatio iudicii*" hat Sperl, a. a. O. S. 23, 24 mit Recht verwiesen. Unrichtig ist es jedoch, wenn er unter den Fällen, in denen *translatio iudicii* nicht die Übertragung der Prozeßobligation auf eine neue Partei bedeuten soll, auch die *translatio iudicii* vom Prozeßprokurator auf den Prinzipal beziehungsweise umgekehrt anführt. Hier handelt es sich um Prozeßtranslationen im eigentlichen Sinne.

[2]) Lenel, Paling. zu Ulpian fr. 385 N. 1.

[3]) Vgl. auch D (17, 1) 8, 1, D (4, 3) 25. Über die *exceptio „si collusum est"* vgl. Keller-Wach, Z. P. N. 369; Bekker, proz. Konsumtion S. 306, 307, Aktionen II S. 286; Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeptionen S. 132 N. 1. Vgl. auch Windscheid-Kipp, Pand.[8] I S. 517 N. 6.

[4]) Vgl. Bekker, proz. Konsumtion S. 306, 307, Aktionen II S. 85; Wetzell, Z. P.[3] S. 687 N. 62. A. M. Schwalbach, Z. R. G. 20 S. 123.

neuerung des bereits durch Urteil abgeschlossenen Prozesses gegen den früheren Beklagten.[1])

D (4, 7) 4, 3 Ulpian. l. 13 ad edict.:

*Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias **litem in alium transtulerit**, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translato.*

Unter *litem (= iudicium) in alium transferre* ist hier die Bestellung eines Prozeßprokurators vor der Litiskontestation zu verstehen. Daß es sich nur um diesen Zeitpunkt handeln kann, ergibt sich schon daraus, daß sich das Edikt „*de alienatione iudicii mutandi causa facta*",[2]) welches Ulpian an dieser Stelle kommentiert, nur auf *alienationes* vor der Litiskontestation bezieht,[3]) ferner aber auch aus folgender Erwägung: Die Übertragung des

---

[1]) Unzutreffend Sperl, S. 25 N. 1, der die Stelle auf eine Translation im technischen Sinne, d. h. auf eine Übertragung des Prozesses zwischen Litiskontestation und Urteil zu beziehen scheint. Es ist allerdings sehr wahrscheinlich, daß, wie Sperl l. c. bemerkt, *iudicium* in dem Satze: *si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac „si collusum est"* die Formel bedeutet. Deswegen braucht man aber nicht mit Sperl an eine Interpolation für *formula* zu denken. *Iudicium* in der Bedeutung Schriftformel ist durchaus echt. Vgl. Wlassak, L. K. S. 15 ff., P. G. II S. 54 ff.

[2]) Vgl. Lenel, l'Édit I S. 143, 144 = E. P. S. 101, 102.

[3]) Vgl. Rintelen, das richterliche Belastungs- und Veräußerungsverbot S. 134 (Festschr. der allg. österr. Gerichtszeitung zum 27. deutschen Juristentag). Daselbst auch Literaturnachweise. Vgl. ferner Bethmann-Hollweg, Versuche S. 156, 157.

Prozesses auf einen Prokurator *post litem contestatam* (*translatio iudicii* im eigentlichen Sinne) erfordert, wie wir später sehen werden, stets prätorische *causae cognitio*. Es wäre nun doch zu trivial, wenn der Jurist hervorheben wollte, daß eine derartige nur auf Grund prätorischer Genehmigung mögliche *translatio litis* keine im Sinne des Edikts verbotene *alienatio* darstelle.

Schließlich sei noch auf den Sprachgebrauch der Quellen bezüglich der Definition der Novation verwiesen. Die römischen Juristen charakterisieren die Novation als ***translatio** prioris debiti in aliam obligationem*, obwohl es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die durch Novation entstandene Forderung eine *nova obligatio* ist.

Vgl. Gai. III 176: *nam interventu novae personae **nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem***, D (46, 2) 1 pr. Ulp. l. 46 ad Sab.: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque **translatio.***

Daß das Prozeßinstitut der *translatio iudicii* nichts mit der bei den Rhetoren[1]) sich findenden *translatio* zu tun hat,[2]) haben Bülow,[3]) Schwalbach[4]) und Sperl[5])

---

[1]) Cic. ad Her. I, 11, 19; 12, 22; 14, 24; 15, 25, II, 12, 18, de inv. II, 19, 57; 58, Quint. J. O. III, 6, 14, 60; 69 ff.

[2]) Vgl. Rudorff, R. G. II S. 247 N. 10; Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 406.

[3]) Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen S. 243 ff.

[4]) Z. R. G. 15 S. 209 ff.

[5]) Sukzession S. 21 ff.

überzeugend dargetan, so daß es genügt, hier auf die genannten Schriftsteller zu verweisen.

II. Die praktische Bedeutung unseres Problems liegt vielleicht weniger auf prozeßrechtlichem als auf materiellrechtlichem Gebiete. Was zunächst die prozessuale Seite der Translation anbelangt, so ist zu untersuchen, welchen Einfluß dieselbe auf den Fristenlauf, bereits stattgehabte Beweisaufnahmen, Geständnisse, Eide hat. Die Antwort scheint verschieden ausfallen zu müssen, je nachdem man sich das *translatum iudicium* als neuen Prozeß, beruhend auf neuer Litiskontestation, vorstellt oder nicht. Wir können indessen unsere Aufgabe vereinfachen, wenn wir annehmen, daß im *translatum iudicium* derselbe Geschworene fungiert wie im alten Prozeß. Die Berechtigung dieser Annahme ergibt sich aus folgender Erwägung: War der transferierte Prozeß als *novum iudicium* zu betrachten, so war damit von selbst gegeben, daß auch eine neue *iudicis datio* stattfand. Immerhin ist es denkbar, daß sich die Parteien auf den *iudex* des alten Prozesses einigten. Stellte sich anderseits die *translatio iudicii* als prozessuale Sukzession der neuen Partei in das bereits bestehende Prozeßverhältnis dar, so war es selbstverständlich, daß der bisherige Geschworene verblieb. Gleichwohl konnte auch hier eine *iudicis mutatio* sich als notwendig herausstellen, z. B. dann, wenn der bisherige Geschworene dem Prozeßnachfolger gegenüber befangen war.

Welche Vorstellungen man nun immer über das juristische Wesen der *translatio iudicii* haben mag, jeden-

falls war eine vollständige Erneuerung der Verhandlung *in iudicio* erforderlich, wenn ein neuer Geschworener auftrat. Die Unmittelbarkeit des Verfahrens erforderte es, daß sich der Geschworene auf Grund eigener unmittelbarer Wahrnehmung seine Überzeugung bildete. Die Vorstellung, daß etwa ein *in iudicio* geführtes Verhandlungsprotokoll die Ergebnisse der Beweisaufnahme verzeichnete und dieses Protokoll seinem Inhalte nach für den neuen Geschworenen bindend war, wäre ganz unrömisch. Die Notwendigkeit neuer Beweisung,[1]) die Unwirksamkeit der vor dem früheren Geschworenen stattgehabten Beweisaufnahmen, Geständnisse und Eide ergibt sich daher von selbst. Sie hat ihren Grund nicht in der *translatio iudicii,* sondern in der Unmittelbarkeit des Verfahrens.[2])

War nun die *translatio iudicii* auf den Bestand des Prozeßverhältnisses ohne Einfluß, so ist es selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die in der Verhandlung mit der früheren Partei stattgehabten Beweisaufnahmen, Eide, Geständnisse auch für und gegen den Prozeßnachfolger volle Wirksamkeit behielten. Wie

[1]) Daher wird auch bei *iudicis mutatio* dem Ersatzgeschworenen die seinem Vorgänger gesetzte Urteilsfrist nach Tunlichkeit erneuert. Vgl. D (5, 1) 32.

[2]) Infolge der Notwendigkeit einer vollständigen Erneuerung der Verhandlung *in iudicio* war die *iudicis mutatio* mit einer nicht unbeträchtlichen Verzögerung des Verfahrens verbunden und man trachtete daher, sie womöglich zu vermeiden. Dies spricht auch Ulpian aus in fr. 13, 3 D (50, 5): *tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper expectare, quam iudici novo rem rursum iudicandam committere.*

es sich aber dann verhielt, wenn der transferierte Prozeß ein *novum iudicium de eadem re* war, läßt sich nicht mit Bestimmtheit beantworten. Die Frage hängt auf das engste zusammen mit den Anschauungen der Römer über die Beweiswürdigung seitens des Geschworenen. Die Römer haben sich mit diesen Problemen beschäftigt. Das beweisen die Schriften *„de officio iudicis"*, von denen uns Kunde erhalten ist.[1]) Allein man erkannte sehr wohl, daß der psychische Prozeß der Überzeugungsbildung des Geschworenen sich nicht in starre Rechtsregeln zwängen lasse[2]) und so ist es begreiflich, daß man über wichtige Fragen nicht einig war und daß im Einzelfall oft mehr Individualität und Temperament des Geschworenen entschied.[3]) Die Erzählung bei Gellius, 14, 2 gibt hier ein anschauliches Bild. Es wäre daher vergebliches Bemühen, in unserer Frage zu präzisen Rechtsregeln gelangen zu wollen. Einige Beispiele mögen dies illustrieren.

Die Logik würde es erfordern, daß im *translatum iudicium* als neuen Prozeß der Geschworene die Beweisergebnisse des ersten *iudicium* vollkommen ignoriere. Sie bilden Gegenstand seines Privatwissens, nicht aber seiner richterlichen Wahrnehmung. Man vergegenwärtige sich nun folgende Fälle:

---

[1]) Vgl. auch Wlassak, Grünh. Zeitschr. 19 S. 705 ff.

[2]) Favorin bei Gellius, noctes Atticae 14, 2, 13 spricht von einer *disceptatio multiiugae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumspicientia indigens.*

[3]) Vgl. die Gegenüberstellung der *iudices acres atque celeres* und *sedatiores et graviores* bei Gellius 14, 2, 18; 19.

Es hatte *translatio* vom Kläger auf einen Prokurator stattgefunden. Wie später dargetan werden soll, ist der Prozeß des Prokurators ein *novum iudicium*. Soll nun der Geschworene dieselben Beweise, die schon der Prinzipal vorgebracht hat, seitens des Prokurators nochmals über sich ergehen lassen, obwohl sie nach menschlichem Ermessen zum selben Ergebnis führen mußten? Es kann ferner ein entscheidendes Beweismittel, eine Urkunde, ein Augenscheinsobjekt, welches der Prinzipal zur Beweisführung benutzt hat, zugrunde gegangen, ein wichtiger Zeuge gestorben sein. Daß ein solches Beweismittel existiert und das und das bewiesen hat, darf der *iudex* jetzt nicht berücksichtigen. Er kann allerdings schwören *sibi non liquere*[1]) und sich dann der Partei als Zeuge zur Verfügung stellen. Das erfordert aber eine *iudicis mutatio*. Es ist möglich, daß es gewissenhafte Geschworene gab, die so handelten, ebenso wahrscheinlich, daß viele andere sich an solche Unterscheidungen nicht kehrten, ohne darum ihr Gewissen mit dem Vorwurf einer Pflichtverletzung zu belasten. Denn die Frage, ob der Geschworene sein Privatwissen verwerten dürfe, war unter den römischen Juristen streitig.[2])

---

[1]) Gell. 14, 2, 25.

[2]) Gell. 14, 2, 14: *iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super qua re apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuque aliquo cognita liquido et comperta sit neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea, quae sciens venit, iudicare an secundum ea, quae aguntur?*

Analog verhält es sich beim Geständnis und Eid.[1]) Der Beklagte hatte z. B. eine entscheidende Tatsache zugestanden und der Geschworene war dadurch zur Überzeugung vom Rechte des Klägers gelangt. Für den Prozeßnachfolger des Beklagten war dieses Geständnis nicht vorhanden. Mußte nun der Kläger neuerdings beweisen, und wenn ihm dieser Beweis nicht gelang, mußte der Geschworene abstrahierend von seiner im vorigen Prozeß gewonnenen Überzeugung ihn abweisen?

Ein anderer Fall. Der Kläger hatte ein *iusiurandum iudiciale* geleistet. Was sollte der Geschworene tun, wenn der Eid für den Prozeßnachfolger keine Wirksamkeit hatte und diesem ein neuerlicher Eid vernünftigerweise nicht aufgetragen werden konnte, weil er erklärte, über die zu beeidende Tatsache gar nichts zu wissen?

Man wird zugeben müssen, daß in der gänzlichen Abstrahierung von den Beweisergebnissen des ersten Prozesses eine für den Geschworenen oft recht schwer zu erfüllende Aufgabe gesetzt gewesen wäre.

Von ganz nebensächlicher Bedeutung ist die Frage nach dem Einfluß der *translatio iudicii* auf den Fristenlauf. Der Prozeß der klassischen Zeit vollzog sich als mündliches Verfahren in Terminen und nicht in Fristen. In Betracht kommen wohl nur die *dilationes*, Fristen, die der Partei zur Herbeischaffung von Beweismitteln gegeben werden konnten.[2]) Es wäre denkbar, daß die

[1]) Vgl. Demelius, Confessio S. 364 ff., Schiedseid und Beweiseid S. 100 ff.

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 177, 587 N. 8.

neue Partei als Prozeßsukzessor in die laufende Frist eintrat, daß sie anderseits, wenn ihr Prozeß *novum iudicium* war, Ansetzung einer neuen Frist verlangen konnte. Zwingend sind solche Schlüsse keineswegs und maßgebend eher praktische Gesichtspunkte als theoretische Erwägungen. So wird dem Erben, welcher, wie später dargetan werden soll, Prozeßsukzessor ist, die *dilatio instrumentorum causa*, die nach einer *oratio d. Marci* nicht mehr als einmal gewährt werden soll, doch neuerdings verstattet, wenn sie der Erblasser ungenutzt hat verstreichen lassen.[1])

Die praktische Seite unseres Problems zeigt sich erst dann, wenn wir die materiellrechtlichen Wirkungen

---

[1]) D (2, 12) 7 Ulpian. l. 1 de officio consulis: *Oratione quidem divi Marci amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est: [sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio tam ex eadem quam ex alia provincia secundum moderamen locorum impertiri solet, et maxime si aliquid inopinatum emergat.] illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta, an successori quoque eius dari debeat an vero, quia iam data est, amplius dari non possit? et magis est, ut et hic causa cognita dari debeat.* Die eingeklammerten Worte sind wahrscheinlich Emblema. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 2053 N. 5. Übrigens ist zu beachten, daß fast sämtliche von der *dilatio* handelnde Stellen sich auf den Kognitionsprozeß beziehen. Das beweisen die Inskriptionen: D (2, 12) 7 cit. Ulp. l. 1 de off. cons., D (5, 1) 36 pr. Callistratus l. 1 cognitionum, D (2, 12) 10 Paul. l. 5 sent. Vgl. Pernice, Z. R. G. 20 S. 110. Auf den Formularprozeß muß bezogen werden D (5, 1) 45 pr. Pap. l. 3 resp. Über den Einfluß des Todes einer Partei auf den Fristenlauf im Kognitionsverfahren vgl. C (7, 66) 1; 6, C. Th. (2, 6) 3, dazu Sperl, a. a. O. S. 55, 56; Wetzell, Z. P.[3] S. 43 N. 6. Vgl. auch Nov. 124 c. 1.

der Litiskontestation ins Auge fassen. Ist das *translatum iudicium* neuer Prozeß, begründet durch neue Litiskontestation, so können die materiellrechtlichen Wirkungen, welche sich an dieselbe knüpfen, erst vom Zeitpunkte der zweiten Streitbefestigung an eintreten und dieser Umstand kann für Umfang wie Existenz[1]) des Klagsanspruchs von erheblichster Bedeutung sein. Es genügt in dieser Beziehung auf die Darstellung bei Keller[2]) und Bethmann-Hollweg[3]) zu verweisen. Ich möchte hier nur noch auf einen Punkt, nämlich den Einfluß der *translatio iudicii* auf die Prozeßverjährung, näher eingehen. Bewirkt die *translatio iudicii* neuen Prozeß, so läuft für diesen die Verjährung von neuem, während umgekehrt der Prozeßsukzessor auch in die laufende Verjährungsfrist eintritt. Man könnte dagegen einwenden, daß der Prätor dem Geschworenen eine Frist setzen konnte, innerhalb welcher dieser das Urteil fällen mußte[4]) und daß es auf diese Weise möglich gewesen sei, die für das alte *iudicium* laufende Verjährung auch auf den transferierten Prozeß zu erstrecken, selbst wenn dieser im übrigen ein *novum iudicium* war.

Um die Berechtigung dieses Einwandes zu prüfen, ist es notwendig, auf die einzelnen möglichen Fälle ein-

---

[1]) Man denke an die *actiones vindictam spirantes.*

[2]) Litiskontestation S. 82 bis 196, vgl. auch Erman, Annales de l'univ. de Lyon (1903) S. 222 ff.

[3]) Z. P. II S. 483 ff.

[4]) Vgl. D (5, 1) 2, 2; 32, lex Urson. c. 95 (Bruns, fontes[6] I S. 131), Gellius 12, 13, 1.

zugehen. Sowohl das erste wie das zweite *iudicium* kann legitim oder *imperio continens* sein. Demnach ergeben sich folgende Kombinationen:

I. iudicium	*II. iudicium*
1. legitimum	*legitimum*
2. legitimum	*imperio continens*
3. imperio continens	*legitimum*
4. imperio continens	*imperio continens.*

Am einfachsten ist Fall 4 zu erledigen. Ist das erste *iudicium imperio continens* und erfolgt während des *imperii annus* Translation in ein neues *iudicium imperio continens*, so kann dieses selbstverständlich nicht über das Amtsjahr des Prätors hinaus dauern. Für die übrigen drei Fälle ist die Frage im wesentlichen dieselbe. Kann der Prätor, wenn z. B. im Falle 1 das erste *iudicium* im 13. Monate steht, auch für das transferierte, gleichfalls legitime *iudicium* die laufende Prozeßverjährung zur Geltung bringen, indem er dem Geschworenen innerhalb 5 Monaten zu urteilen befiehlt?

Man wird noch allgemeiner fragen dürfen, wie weit überhaupt die Befugnis des Prätors, dem *iudex* eine Urteilsfrist zu setzen, reichte. M. E. ist hier zwischen *iudicium legitimum* und *imperio continens* zu unterscheiden. Für letzteres ist diese Befugnis des Prätors außer Zweifel. Ein nach Ablauf der Urteilsfrist vom Geschworenen gefälltes Urteil war sicher ebenso nichtig, wie wenn nach Ablauf des Amtsjahres ergangen. Allerdings konnten die Parteien innerhalb des prätorischen Amtsjahres einverständlich die Urteilsfrist verlängern. Doch bedurfte

dieser Vertrag wohl des Vollwortes des Prätors. Das scheint auch Ulpian anzudeuten. D (5, 1) 2, 2 Ulp. l. 3 ad edict.:

> *Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant: [nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita],*[1]) ***possunt*** *tempora, intra quae iussus est litem dirimere, prorogari.*

Anders liegt die Sache beim *iudicium legitimum*. Das vom *legitime iudicans*,[2]) d. h. „vom Geschworenen, der, durch legitimen Prozeßvertrag bestellt, ein prozessualisches Volksgesetz zugrundelegt",[3]) gefällte Urteil war nach Volksrecht giltig, wenn es nur innerhalb der Prozeßverjährungsfrist der *lex Iulia* ergangen war. An dieser zivilrechtlichen Wirksamkeit eines solchen Urteils konnte die Tatsache nichts ändern, daß es etwa erst nach Ablauf einer prätorischen Urteilsfrist gefällt worden war. Anderenfalls würde man kaum begreifen, wozu die *lex Iulia* eine Prozeßverjährung für die *iudicia legitima* statuiert hätte. Allerdings hätte der Prätor *actionem iudicati* auf Grund eines solchen Urteils denegieren können.[4])

---

[1]) Die in Klammern gesetzten Worte sind interpoliert. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 212 N. 4. Lenel, a. a. O. N. 3 vermutet, daß die im Text abgedruckte Stelle einer Erläuterung Ulpians zu einzelnen Bestimmungen der *lex Iulia iudiciaria* angehöre. Vgl. jedoch Girard, Nouvelle revue historique 28 S. 142 bis 144.

[2]) C. J. L. II 4223: *adlect(us) in V decuri[as le]gitumae Romae iudicantium.* Zu dieser Inschrift Wlassak, P. G. II S. 194 ff.

[3]) Wlassak, a. a. O. S. 197 N. 19.

[4]) Hätte der Prätor die Untersuchung über die Giltigkeit eines solchen Urteils ins *iudicium* verwiesen, indem er die *actio iu-*

Allein man kann fragen, ob er deswegen nicht nach Ablauf seines Amtsjahres hätte verantwortlich gemacht werden können. Ich glaube daher noch einen Schritt weiter gehen und behaupten zu dürfen, daß es dem Prätor überhaupt nicht verstattet war, das *legitimum iudicium* durch Beisetzung einer Urteilsfrist einzuengen. In der Tat beziehen sich die von solchen Urteilsfristen handelnden Quellenstellen teils auf die *extraordinaria cognitio*,[1]) teils auf das *iudicium imperio continens*.[2]) Es bleibt also nur das bereits zitierte fr. 2, 2 D (5, 1), welches an sich eine Beziehung sowohl auf das *iudicium legitimum* wie *imperio continens* gestattet. Ein Argument gegen die hier vertretene Ansicht kann daher aus demselben nicht gewonnen werden. Damit dürfte zugleich die Hinfälligkeit des oben angeführten Einwandes dargetan sein.

---

dicati gewährte, so hätte der Geschworene den Beklagten verurteilen müssen. Umgekehrt hätte er den Kläger abweisen müssen, wenn es sich um ein nach Ablauf der Urteilsfrist ergangenes Urteil im *iudicium imperio continens* handelte.

[1]) Das gilt von D (5, 1) 32 Ulp. l. 1 de off. cons.: *Si iudex, cui certa tempora praestita erant, decesserit et alius in locum eius datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamvis magistratus* (consul? Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 2048 N. 2) *nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen ut legitimum tempus* (imperii annum? Lenel, a. a. O. N. 3) *non excedat.*

Gell. 12, 13, 1: *Cum Romae a consulibus iudex extra ordinem datus pronuntiare „intra kalendas" iussus essem* reli.

[2]) Lex Urson. c. 95: *IIvir praef(ectus)ve . . . facitoque, uti e(a) r(es) in diebus XX proxumis, quibus d(e) e(a) r(e) rec(iperatores) dati iussive erunt iudicare, iudic(etur).*

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die Urteilsfristen im Kognitionsprozeß der Kaiserprovinzen.[1]) Es sei mir gestattet, auf diesen Punkt noch mit einigen Worten einzugehen, um so die hier berührte Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Urteilsfristen zu erledigen. Beispiele geben für Ägypten die Papyrusurkunden.

Vgl. P. Lond. II 196 (S. 152 ff.). Der *διοικητής* Iulianus als Vertreter des Iuridicus[2]) bestätigt den von den Parteien gewählten *μεσίτης*[3]) Domitius und setzt ihm eine Urteilsfrist von 15 Tagen.

Col. I Z. 15 ff.: *Ἰουλιανὸς εἶπεν Δ[ομί]τιος καὶ μεσειτεύσι ὑμῶν καὶ κρινεῖ καὶ [ἐ]ντὸς [δ]εκάπεντε ἡμερῶν ἀπαρτισθή(τω) τὸ ζή[τ]η[μα] κτλ.*

In P. Cattaoui, Verso V Z. 23 ff. richtet der Iuridicus Neokydes an den Strategen Apollinarius den Auftrag, die von ihm bestellten *λογοθέται*[4]) anzuhalten, binnen 30 Tagen die *λογοθεσία* zu beenden.[5])

P. Cattaoui cit.: *ἡ μὲν λογοθεσία κατὰ τὰ κριθέντα εὐθέως ἀπαρτισθή[σ]εται, προνοήσει δὲ Ἀπολινάριος ὁ τοῦ νομοῦ στρατηγὸς ἐντὸς ἡμερῶν λ̄ τὴν λογοθεσίαν γενέσ[θαι], ὑπηρέτην [ἰ]ς τοῦτο ἀποτά[ξας], ἵνα μή τι πλ[έο]ν παρέλκηται[ι].*

---

[1]) Vgl. Pernice, Festgabe für Beseler S. 76, 77, Z. R. G. 20 S. 109.

[2]) Vgl. P. Cattaoui, Verso I 1, 2; Meyer, Archiv für Papyrusforschung III S. 94, 103.

[3]) Vgl. Mitteis, Hermes 30 S. 616 ff.

[4]) Rechnungsprüfer. Vgl. Wenger, Rechtshistorische Papyrusstudien S. 121; Meyer, a. a. O. S. 100; B. G. U. III 969 Col. 2.

[5]) Vgl. auch P. Lond. cit. I 1 ff., 7 ff.

Um die Bedeutung solcher Urteilsfristen zu verstehen, muß man beachten, daß der Kognitionsprozeß der Kaiserprovinzen eine Prozeßverjährung überhaupt nicht kannte, auch nicht die des *iudicium imperio continens*. Diese Beobachtung hat bereits Keller[1]) gemacht und ihre Richtigkeit ergibt die Vergleichung von fr. 13, 1 D (2, 1) und fr. 49, 1 D (5, 1) sowie die Erwägung, daß es unmöglich war, die Rechtsbeständigkeit des Prozesses von der Amtsdauer des *ad nutum principis* amovibeln Statthalters[2]) abhängig zu machen.[3])

---

[1]) Litiskontestation S. 162 ff.; vgl. auch Keller-Wach, Z. P. N. 522. Über den Einfluß des Fehlens der Prozeßverjährung auf die Konsumtion vgl. Erman, Annales de l'univ. de Lyon (1903) S. 218 ff.

[2]) Vgl. Mommsen, Staatsrecht II[3] S. 259.

[3]) Ein Beispiel hiefür bietet P. Catt. Verso. In dem Prozeß der Drusilla gegen Agrippianus hatte der Juridicus Maximianus (über die selbständige Gerichtsbarkeit dieses Beamten vgl. Wenger, Pap. stud. S. 154 ff.) den Strategen beauftragt: (III 23 ff.) *ἐξετάσαι πάντα τὸν τοῦ ὑποχρέου πόρον καὶ ἐν πόσοις ἐστὶ τὰ ὀφειλόμενα καὶ δηλῶσαι αὐτῷ*, und der Strateg hatte demgemäß Logotheten über Vorschlag der Parteien bestellt. Die Untersuchung derselben zog sich jedoch in die Länge und inzwischen war Claudius Neokydes Iuridicus geworden. Daß die Logotheten, welche doch nur infolge der Delegation des Maximianus bestellt worden waren (Meyer, a. a. O. S. 100), jetzt aufhören zu fungieren, davon ist keine Rede; vielmehr weist Neokydes den Strategen an, die Logotheten zu baldiger Beendigung ihrer *λογοθεσία* anzuhalten. Eine neuerliche Bestellung der Logotheten oder auch nur eine Bestätigung derselben in ihrem Amte findet nicht statt.

Ganz anders in den senatorischen Provinzen. Als Beispiel führe ich an C. J. Gr. 1732 (118 p. Chr.), eine Inschrift aus Phokis.

Hatte daher z. B. der *iudex datus*, welchem eine Urteilsfrist gesetzt war, seine Entscheidung noch innerhalb derselben, aber nachdem bereits der Statthalter abberufen war, gefällt, so war sie zweifellos giltig. Und so war es wohl auch, wenn er erst nach Ablauf der Frist entschieden hatte. Ich möchte daher in den Urteilsfristen, wie sie uns in den Papyri entgegentreten, eher dem *iudex datus* gesetzte Ordnungsfristen sehen, die ihn zur rechtzeitigen Entscheidung der Streitsache verhalten sollten und deren Nichtbeachtung ihm wohl Verweis und andere Strafen zuziehen konnte, nicht aber die Giltigkeit des von ihm gefällten Urteils berührte. Ein Ersatz für die fehlende Prozeßverjährung ist meines Erachtens in solchen Urteilsfristen nicht zu erblicken.

Es handelt sich um einen Grenzstreit zwischen der Gemeinde Daulis und einem gewissen Memmius Antiochus, in welchem T. Flavius Eubulus als Richter fungiert. Derselbe leitet sein Urteil mit folgenden Worten ein: *Τ. Φλαούϊος Εὔβουλος, ὁ δοθεὶς κριτὴς καὶ ὁριστὴς ὑπὸ Κασίου Μαξίμου ἀνθυπάτου καὶ τηρηθεὶς ὑπὸ Οὐαλερίου Σεουήρου ἀνθυπάτου, μεταξὺ Ζωπύρου καὶ Ἀριστίωνος καὶ Παρμένωνος τοῦ Ζωπύρου καὶ Μεμμίου Ἀντιόχου περὶ χώρας ἀμφισβητουμένης, ἀκούσ[ας] ἑκατέρου μέρους ἐφ' ὅσον ἐβούλοντο καὶ ἐπὶ τὴν αὐτοψίαν ἐλθών, κελεύσαντός με ἀποφήνα[σ]θαι Κλωδίου Γρανιανοῦ τοῦ κρατίστου ἀνθυπάτου, κρείνω καθὼς ὑπογέγραπται.*

Der Prozeß hatte sich durch mehrere Jahre hingezogen und Flavius Eubulus, dessen Richteramt mit Ablauf des Amtsjahres des ihn ernennenden Prokonsuls Cassius Maximus erlosch, war von dessen Nachfolger Valerius Severus in seinem Amte bestätigt worden (*τηρηθείς*). Erst unter dem nächstfolgenden Prokonsul Clodius Granianus kam es zum Urteil.

III. Ist der Begriff der prozessualen Sukzession auf die Prozeßobligation einzuschränken oder ist er auch anwendbar auf Rechtsverhältnisse, die durch vor der Streitbefestigung liegende Prozeßhandlungen geschaffen werden? Sperl[1]) hat die letztere Frage schlechthin verneint. Was vor der Litiskontestation an Prozeßhandlungen vollzogen worden sei, erzeuge für den Erben keine Gebundenheit, ein Grundsatz, von welchem eine Ausnahme nicht gedacht werden könne. Sperl deduziert daraus, daß ein von dem Erblasser geleistetes Vadimonium, eine *cautio iudicatum solvi* für den Erben nicht verbindlich gewesen sei. Mit diesen Beispielen ist aber die Reihe der vor der Streitbefestigung möglichen Prozeßhandlungen noch keineswegs erschöpft. Der Übersichtlichkeit halber möchte ich drei Gruppen solcher Prozeßhandlungen unterscheiden. Die Untersuchung, inwieferne dieselben für den Rechtsnachfolger bindend seien, beschränke ich auf den typischen Sukzessionsfall, den Fall der Erbfolge.

1. Zur ersten Gruppe rechne ich die formlosen Anträge der Parteien an den Prätor um Gewährung der Formel, Einsetzung einer *exceptio* u. dgl. m. Es ist selbstverständlich, daß diese Prozeßhandlungen den Erben nicht verpflichten. Ihre Unverbindlichkeit für den Universalsukzessor erklärt sich indessen zur Genüge schon daraus, daß sie auch den Erblasser nicht binden. Er kann derartige Anträge jederzeit zurücknehmen oder modifizieren.

---

[1]) Sukzession S. 12, 13.

2. In die zweite Gruppe gehören Prozeßhandlungen, welche, ohne zwar Verfügungen zu sein, doch in gewissem Sinne den Charakter von Dispositionen tragen. Hieher zähle ich die *responsio* auf *interrogationes in iure*[1]) sowie die *confessio* in Litiskreszenzfällen. Was letztere betrifft, so bindet sie den Erben nicht, weil sie auch den Erblasser nicht verpflichtet, solange es noch nicht zur Streitbefestigung mit der *formula confessoria* gekommen ist.[2]) [3]) [4])

---

[1]) Vgl. bezüglich der *interrogatio an heres sit* fr. 11, 9 D (11, 1) Ulp. l. 22 ad edict.: *Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus [pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur]: sed et si a praetore fuerit interrogatus, nihil facit praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium.* Die eingeklammerten Worte sind Interpolation oder Glossem. Vgl. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 663 N. 1. Zur Stelle vgl. ferner Demelius, Confessio S. 260 ff.

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 545; Demelius, Confessio S. 184, 185 und die ebenda S. 184 N. 3 angeführten Schriftsteller. Giffard, la confessio in iure S. 130 (zitiert nach Thomas, la condemnatio in simplum S. 16, Sep.-Abdruck aus der Nouv. revue hist. Das Buch war mir leider nicht zugänglich).

[3]) Man denke aber an folgenden Fall: Der Erblasser hatte gegenüber der *actio iudicati* die Iudikatschuld zugestanden, jedoch die Rechtswohltat der *condemnatio in id quod facere potest* geltend gemacht. Vor der Streitbefestigung mit der *formula confessoria in simplum* (Wenger, actio iudicati S. 43 ff.) stirbt er. Dem Erben aber steht das Kompetenzbenefizium nicht zu. (Belege bei Windscheid-Kipp, Pand.[8] II S. 99 N. 8). Die *actio confessoria* ist daher gegenstandslos und es kommt zur sofortigen Exekution. Daß der Erbe die *confessio* des Erblassers widerrufen und infitiieren könnte, ist ausgeschlossen. Das Beispiel zeigt auch, daß die *confessio* gegen-

Die vom Erblasser auf die *interrogationes in iure* bei Noxalklagen[1]) erteilte Antwort ist für den Erben unverbindlich. Das ergibt fr. 42, 2 D (9, 4) Ulp. l. 37 ad edict.: *Hae actiones* (scil. noxales) *perpetuae sunt locumque habent tamdiu, quamdiu servi dedendi facultatem habemus: nec tantum nobis,* ***verum etiam successoribus nostris competent, item adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure dominii.*** *proinde et si servus ad alium perve-*

über der *actio iudicati*, als einer auf ein *certum* gerichteten Klage, ihrem Wesen nach *confessio certi* ist, die nur ausnahmsweise der normalen Wirkungen derselben entbehrt und zur *actio confessoria* führt. Sie ist daher von der *confessio se servum iniuria occidisse* unter gleichzeitiger Bestreitung der Höhe der Ersatzsumme bei der aquilischen Klage scharf zu scheiden. Im Gegensatz zu dieser ist sie unwiderruflich. Dies hat Thomas, a. a. O. S. 13, 14 N. 3 lit. c. Z. 4 übersehen.

[4]) Allerdings darf der Beklagte bis zur Litiskontestation nicht nach seinem Belieben gestehen und widerrufen. War es einmal zur *datio* der *formula confessoria* gekommen, so erschien neuerliche Infitiation als Chikane und der Beklagte war vor die Wahl gestellt, entweder die Streitbefestigung zu vollziehen oder als indefens zu gelten. In diesem Sinne ist auch schon vor der Litiskontestation die *confessio* unwiderruflich. Nach der Streitbefestigung ist aber Widerruf nur auf Grund einer *restitutio in integrum* möglich. Vgl. auch Demelius, Confessio S. 185, 266; Wenger, actio iudicati S. 148 N. 12.

[1]) Lenel, l'Édit I S. 181 unterscheidet eine *interrogatio de facto (an servus in potestate sit)* und *de iure (an servus eius sit)*. Anders noch E. P. S. 127, wo die Möglichkeit einer *interrogatio an in potestate sit* abgelehnt war. Dagegen schon Girard, les actions noxales in der nouv. revue hist. 11 S. 427 N. 2.

nisse proponatur, iure dominii noxali iudicio novus dominus convenietur,[1]) und wird für einen speziellen Fall[2]) in den Quellen besonders hervorgehoben. Auch ist für den Respondenten selbst die erteilte Antwort bis zur Litiskontestation in der Regel wenigstens frei widerruflich.[3])

Das gleiche gilt von der Responsion auf die Erbeninterrogation,[4]) doch nicht ausnahmslos. D (11, 1) 11, 12 Ulpian. l. 22 ad ed.: *Celsus scribit licere responsi paenitere, si nulla captio ex eius paenitentia sit actoris: quod verissimum mihi videtur, maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis vel epistulis amicorum iuris sui edoctus.*

Es wäre daher immerhin möglich, daß unter den in fr. cit. angeführten Modalitäten die vom Erblasser[5]) erteilte *responsio* auch den Erben verpflichtete, so daß dieser

[1]) Vgl. auch fr. 1, 17 D (9, 1).

[2]) D (9, 4) 26, 5 Paul. l. 18 ad ed., für den Fall nämlich, daß der Erblasser auf die *interrogatio an servus in potestate sit* verneinend geantwortet hatte.

[3]) Demelius, Confessio S. 306. Vgl. jedoch Lenel, l'Édit I S. 184 und N. 2 ebenda.

[4]) Demelius, a. a. O. S. 257, 264 ff. Aus diesem Grunde kann auch in der *responsio* eine Verfügung nicht erblickt werden. Nach erfolgter Litiskontestation war Abhilfe nur durch Restitution möglich. Vgl. D (9, 4) 26, 5 i. f., D (11, 1) 11 §§ 8, 10, 11 Demelius, a. a. O. S. 265.

[5]) Der im Text vorausgesetzte Fall, daß der Respondent noch vor der Litiskontestation stirbt, konnte in praxi wohl vorkommen Wie Lenel, Z. R. G. 33 S. 3, l'Édit I S. 164, 167 hervorhebt, fanden Responsion und Litiskontestation in der Regel in verschiedenen Terminen statt.

vor die Alternative gestellt war, entweder mit der interrogatorischen Formel *litem* zu kontestieren oder als indefens zu gelten. Sicheres läßt sich indessen nicht sagen.

3. Zur dritten Gruppe, Prozeßhandlungen, welche Verfügungen enthalten, zähle ich Prozeßkautionen und Vadimonien. Nicht hieher gehören *confessio* und *iusiurandum in iure*, deren Wirkung für und gegen den Erben, wenn auch durch Quellenzeugnisse nicht belegbar, doch in der Natur der Sache liegt.[1]) Denn es handelt sich hier um Urteilssurrogate, um Sukzession in die Iudikatsobligation, nicht um Prozeßhandlungen, welche die Litiskontestation vorbereiten. Ebensowenig ist hieher zu stellen der Konventionaleid *(iusiurandum voluntarium)*, dessen Wirkung für und gegen den Erben in den Quellen bezeugt ist.[2]) Denn derselbe ist, wenn auch *in iure* möglich,[3]) doch nicht Prozeßhandlung.

Bezüglich der *cautio iudicatum solvi* behauptet Sperl[4]) Unvererblichkeit. Ich halte das nicht für richtig.

---

[1]) Vgl. indessen D (42, 1) 29 Modestin. l. 7 pand.: *Tempus, quod datur iudicato, etiam heredibus eius ceterisque qui in locum eius succedunt tribuitur (videlicet quod ex tempore deest), quia causae magis quam personae beneficium praestituitur.* Dasselbe wird wohl auch bezüglich der Erben des *confessus* gegolten haben. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto!* Zur Interpretation dieses Zwölftafelsatzes vgl. Schlossmann, altröm. Schuldrecht S. 134 ff. und dagegen Kleineidam, Personalexekution der 12 Tafeln S. 7 ff. Vgl. ferner D (42, 1) 56 und dazu Demelius, Schiedseid S. 16 ff.

[2]) D (12, 2) 7, Lenel, l'Édit I S. 169.

[3]) Demelius, Schiedseid S. 44 ff.

[4]) Sukzession S. 13. In Betracht kommt vor allem die Defensionsklausel der Stipulation.

Für die *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*[1]) wird der Übergang auf den Erben ausdrücklich erwähnt in fr. 5, 1 D (46, 7) Ulp. l. 77 ad ed.: *Unus ex sponsoribus* (D: fideiussoribus[2]) ***vel heredibus*** *pluribus alio cessante suscipere defensionem potest*, und dasselbe wird man wohl auch für die analoge *cautio iudicatum solvi* behaupten dürfen.[3])

Von der Vererblichkeit des Vadimoniums handelt fr. 10, 2 D (2, 11) Paul. l. 1 ad Plaut.:

> *Qui iniuriarum acturus est, vadimonium stipulatus erat: ante litem contestatam deserto ab adversario vadimonio mortuus est. non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia vadimonia* (D: tales stipulationes[4]) *propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. quamvis enim vadimonii actio* (D: haec stipulatio iudicio sistendi causa facta[4]) *ad*

---

[1]) Lenel, l'Édit II S. 267, 272, 274. Vgl. auch D (50, 16) 158, D (46, 7) 5, 7.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1705 N. 8.

[3]) Sperl hat sich durch Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 538, auf den er sich (S. 13 N. 2) beruft, irreführen lassen. Bei Bethmann-Hollweg, l. c. lesen wir, daß die *cautio iudicatum solvi*, weil sie als Bestärkung der Litiskontestation erscheint, „nur Kraft hat, wenn es zu dieser gekommen ist". Das heißt aber, wie die von Bethmann-Hollweg berufenen fr. 2; 8; 11; 13 pr. D (46, 7) dartun [nicht hierher gehört D (2, 8) 8, 3]: wenn es zur Streitbefestigung beziehungsweise zum Urteil kommen kann. Daher erlischt die Stipulation, wenn z. B. Prozeßverjährung eintritt, wenn der Kläger den Beklagten beerbt usw.

[4]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 1073 N. 4, 5.

heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non permitteretur ei. idem dicendum esse et si is cum quo iniuriarum agere volebam, vadimonio deserto (D: stipulatione tali commissa[1]) *decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio, et hoc Iulianus scribit. secundum quod et si sponsores* (D: fideiussores[1]) *dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. idem Pomponius, si non post longum tempus* (rerum actum?[2]) *decesserit: quia si in ius* (D: ad iudicium[1]) *venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.*[3])

---

[1]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 1073 N. 6, 7, 9.

[2]) So Hartmann-Ubbelohde, Ordo iudiciorum S. 364 N. 45. Vgl. auch Lenel, a. a. O. N. 8.

[3]) Der Text der Stelle ist nach Lenel, Pal. l. c. gegeben. Der erste Satz des Fragmentes lautet in den Digesten: *qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam ut adversarius suus iudicio sistat: commissa stipulatione mortuus est.* Die Worte „*ante litem contestatam*" sind wohl nur durch ein Versehen des Abschreibers verstellt. Vgl. Lenel, a. a. O. N. 3. Sie sind mit „*mortuus est*" zu verbinden, eine Lesung, die durch Bas. VII, 16, 10: ἢ ἐγὼ ἢ ὁ ἐναγόμενος ἀποθάνῃ πρὸ τῆς προκατάρξεως sichergestellt ist. Wer mit der herrschenden Meinung (Literatur bei Keller-Wach, Z. P. N. 551, vgl. auch Girard, Organisation iudiciaire S. 87 N. 2) annimmt, daß das Vadimonium nur das Erscheinen des Beklagten *in iure* sichern sollte, wird geneigt sein, in den fraglichen Worten ein Einschiebsel der Kompilatoren zu erblicken. Denn wenn es heißt, daß der Kläger *vadimonio ab adversario deserto* gestorben sei, so kann das nur vor der Litiskontestation geschehen sein. Nach derselben gab es kein *vadimonium desertum* mehr. Überdies sagt

Sperl[1]) behauptet im Anschluß an diese Stelle, daß nur der Anspruch aus der bereits vor dem Tode des Klägers beziehungsweise des Beklagten verfallenen Stipulation vererblich sei. Mit a. W. nicht der aus dem Vadimonium entspringende Gestellungsanspruch beziehungsweise die Gestellungsverpflichtung sei transmissibel, sondern nur der Anspruch aus dem *vadimonium desertum*. Die Stelle, die wohl nur vom Zitationsvadimonium[2]) handelt, spricht allerdings nur vom *vadimonium desertum*. Zu demselben Resultat führt auch D (2, 10) 1, 6 Ulp. l. 7 ad edict: Auch der Erbe des Beklagten

---

schon das *qui iniuriarum acturus est* deutlich genug, daß es zur Streitbefestigung noch nicht gekommen war. Vom Standpunkte des klassischen Rechtes aus waren also die Worte *ante litem contestatam* selbstverständlich und überflüssig. Nicht so für die Kompilatoren, deren Zeit die Trennung von *ius* und *iudicium* nicht mehr kannte und die daher auch das *vadimonium* durch die *cautio iudicio sisti* ersetzt haben. Für diese mochte es sich daher empfehlen, zur Verdeutlichung die fraglichen Worte einzuschieben. Denn war der Kläger nach der Litiskontestation gestorben, so war die Iniurienklage transmissibel.

Nicht beistimmen kann ich Schott, Rechtsschutz S. 50 N. 11, S 55, der die Stelle auf das Verfahren *in iudicio* zu beziehen scheint. Zur Litiskontestation über die *actio iniuriarum* kann es noch nicht gekommen sein. Denn dann wäre die Klage vererblich und die Entscheidung des Juristen daher kaum begreiflich.

[1]) Sukzession S. 13 N. 2.

[2]) Die Beziehung auf ein *vadimonium recuperatoribus suppositis* (vgl. Wenger, Pap.studien S. 67, 68), an das zu denken die *actio iniuriarum* nahelegte, (vgl. Hitzig, Iniuria S. 64 ff.) ist mir nicht wahrscheinlich.

hat die *actio in factum* gegen den, *per quem factum erit, quominus quis vadimonium sistat.*[1]) Denn er haftet anderseits dem Kläger aus dem *vadimonium desertum* des Erblassers.

Sperls Vermutung kann daher sehr wohl das Richtige treffen. Einen Beweis dafür vermag ich allerdings in den angeführten Stellen nicht zu erblicken. Anderseits ist aber nicht einzusehen, warum der Beklagte nicht dem Erben des Klägers aus dem Vadimonium zur Gerichtsfolge verpflichtet sein sollte. Daß der Erbe des Beklagten nicht hafte, wenn der Erblasser vor dem vereinbarten Termin stirbt, wäre eher begreiflich. Es wäre sogar sehr wahrscheinlich, wenn wir als sicher annehmen könnten, daß der Beklagte nur *se sisti* versprach.[2]) Nun sind wir über die Abfassung des Vadimoniums nur sehr mangelhaft unterrichtet[3]) und es wäre daher immerhin möglich, daß das Vadimonium auch auf *se heredemque sisti* lautete, analog der *clausula ob rem non defensam* der *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, in welcher der Beklagte Defension *a se herede*[4]) versprach.

Unter solchen Umständen ist es daher am besten, auf eine Entscheidung zu verzichten.

---

[1]) Lenel, l'Édit I S. 94.

[2]) Gai. IV 184.

[3]) Vgl. Lenel, l'Édit I S. 92.

[4]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 274.

I. Kapitel.

Prozeßtranslation bei Intervention von Prozeßvertretern.

§ 1.

Auf die Translation des durch Streitbefestigung eines Kognitors begründeten Prozesses auf den Prinzipal beziehungsweise auf einen anderen Kognitor bezog sich ein prätorisches Edikt, dessen Inhalt uns in einer leider sehr fragmentierten Stelle der Vaticana fragmenta überliefert ist.

Es ist dies Vat. fr. 341:

*Hoc edict]um de pluribus speciebus [loquitur — c]avetur quod edicto practor prospicien[dum curavit — ut praestaret domino fac]ultatem vel a cognitore [in alium cognitorem vel a cognitore in se i]udicium transferendi [— lis] cognitoris sit effecta [—]t possit transferre, non [— verba] edicti talia sunt: „**ei qui cogni[torem dedit causa cognita permittam iudicium transfer]re.**" his verbis non solum [—] care autem cognitorem — .*[1])

[1]) Die im Text angegebenen Ergänzungen der Stelle sind von Mommsen-Krüger, Collectio librorum iuris anteiustiniani

Wie immer man dieses fragmentierte Stück ergänzen mag,[1]) der Inhalt des in ihm überlieferten prätorischen

III S. 105, 106. Übereinstimmend Girard, Textes de droit Romain[3] S. 542.

[1]) Außer der im Text angeführten sind auch noch die Rekonstruktionen von Rudorff, Huschke und Lenel zu erwähnen.

Rudorff, Edictum perpetuum S. 49.

Hoc edict]um de pluribus speciebus [cognitorum proponitur, generaliter enim de mutando cognitore c]avetur: quod edicto praetor prospicien[dum existimavit, ut omnimodo praestaret domino fac]ultatem vel a cognitore [in alium cognitorem vel a cognitore in se i]udicium transferendi, [si modo iusta causa mutandi cognitoris ei esse videatur, licet lis] cognitoris sit effecta. [domino enim, sine cognitione praetoris u]t possit transferre non [permittitur post litem a cognitore contestatam. verba autem] edicti talia sunt: „ei qui cogni[torem dederit causa cognita permittam iudicium transfer]re." his verbis non solum [ipse actor et reus sed etiam heredes continentur. abdi]care autem cognitorem [se cognitura suscepta non permittitur . . . .

Huschke, iurisprudentia anteiust.

Postquam circa cogendum cognitorem accipere iudici]um de pluribus speciebus [praetor locutus est, iam de iudicio transferendo c]avetur: quod edicto praetor prospicien[dum ideo recte putavit, ut praestet domino fac]ultatem vel a cognitore [in alium cognitorem procuratoremve vel in se i]udicium transferendi, [si iusta causa esse videatur, nec captiosum ei fiat, quod lis] cognitoris sit effecta; [nam qui cognitoris opera uti sua causa placuit u]t possit, transferre non [posse iudicium, ubi molesta sit, incivile foret. verba] edicti talia sunt: „ei qui cogni[torem dedit causa cognita permittam iudicium, transfer]re". his verbis non solum [ipsi qui dedit, hoc permittitur, sed et heredi eius. qua]re autem cognitorem [solum nominaverit. . . .

Lenel, l'Édit I S. 108, 109 = E. P. S. 77.

deinde propositum est edict]um de pluribus speciebus, [quo de iudicio ab alio ad alium transferendo c]avetur: quod edicto praetor pro-

Ediktes darf als sichergestellt gelten. Der Prätor ediziert, daß er Translation des durch Litiskontestation des Kognitors begründeten Prozesses auf den Dominus oder einen Kognitor *causa cognita*[1]) gestatten werde.

Es ist wichtig festzustellen, daß sich das Edikt nur auf den Kognitor bezog. Fr. Vat. cit.[2]) erwähnt den Prokurator nicht.[3]) Nun hat allerdings Rudorff[4]) auf Grund von fr. 17 pr. D (3, 3)[5]) entsprechend dem Edikt

---

spicien[dum esse putavit, ut domino praestaret fac]ultatem vel a cognitore [in se ipsum vel ab alio ad alium cognitorem i]udicium transferendi. [ipso enim iure, cum per litis contestationem lis] cognitoris sit effecta [iudiciumque semel constitutum dominus dum]taxat possit transferre, non [nisi ipsi cognitori translatio conceditur. verba autem] edicti talia sunt: „ei qui cogni[torem dederit, causa cognita permittam eum abdicare vel muta]re". his verbis non solum [ipsi qui dedit hoc permittitur, sed etiam heredi eius. abdi]care autem cognitorem. . . .

[1]) Daß der Prätor die *translatio iudicii* nur auf Grund vorhergegangener *causae cognitio* verhieß, ist sicher bezeugt durch die Kommentare: Ulpian l. 9, Paul. l. 8 ad edict., Gai. l. 3 ad edict. prov., welche sich eingehend mit Inhalt und Umfang dieser *causae cognitio* befassen.

[2]) Das Fragment dürfte wahrscheinlich Ulpian zuzuschreiben sein und die Einleitung zum l. 9 ad edict. gebildet haben. Vgl. Lenel, Paling. zu Ulp. fr. 312 N. 6.

[3]) Daher ist unrichtig die Restitution Huschkes: *ut praestet domino fac]ultatem vel a cognitore [in alium cognitorem procuratoremve . . i]udicium transferendi.*

[4]) Edictum perpetuum § 33.

[5]) Ulp. l. 9 ad ed.: *Post litem autem contestatam reus qui procuratorem dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita.*

„*de cognitore mutando vel abdicando*" auch ein Edikt „*de procuratore mutando vel abdicando*" angenommen. Lenel[1]) hat jedoch Rudorffs Annahme in überzeugender Weise als unhaltbar dargetan. Eine Bestimmung „*de procuratore mutando vel abdicando*" hat es im Iulianischen Ediktswerk nicht gegeben. Es erhellt dies schon aus der Anlage des Ulpianischen Ediktskommentars. Ulpian handelt im 8. Buche vom Kognitor. Dem 9. Buche gehört eine Reihe von Stellen[2]) an, die von der *mutatio procuratoris* handeln. Auch sonst ist in diesem Buche nur vom Prokurator die Rede. Wäre in diesen Fragmenten *procurator* echt und nicht für *cognitor* interpoliert und bezögen sich demnach dieselben auf ein prokuratorisches Translationsedikt, so wäre es befremdlich, daß Ulpian diesem dem kognitorischen jedenfalls sehr ähnlichen Translationsedikt einen so ausführlichen Kommentar widmet. Man würde eher erwarten, daß Ulpian auf seine Erläuterung des kognitorischen Ediktes verwiese[3]) und sich nur auf die Behandlung etwaiger Differenzpunkte beschränkte. Nun verweist Ulpian[4]) bei Erörterung der der *mutatio* „*procuratoris*" vorangehenden *causae cognitio* auf das Edikt „*de cognitore ad litem suscipiendam dato*",[5])

---

[1]) l'Édit I S. 99, 100 = E. P. S. 71, 72.

[2]) D (3, 3) 17; 23; 25; 27.

[3]) Man müßte den Kommentar zu diesem Edikt in das 8. Buch verlegen und annehmen, daß ihn die Kompilatoren daselbst gestrichen haben.

[4]) D (3, 3) 17, 2.

[5]) Lenel, l'Édit I S. 108 = E. P. S. 77.

von dem im 8. Buche die Rede war. Mit Rudorff müßte man an dieser Stelle unbedingt einen Hinweis auf das kognitorische Translationsedikt erwarten, wenn Ulpian vorher von einem solchen gehandelt hätte. Daraus geht hervor, daß Ulpian erst im 9. Buche das kognitorische Translationsedikt erörterte und daß in den hieher gehörigen Stellen[1]) allenthalben *procurator* für *cognitor* interpoliert ist.[2])

Daß das Iulianische Ediktswerk nur Bestimmungen über die *mutatio cognitoris* enthielt, begründet Lenel damit, daß zur Zeit Hadrians für ein prokuratorisches Translationsedikt ein Bedürfnis nicht vorhanden gewesen sei. Der klägerische Prokurator konsumierte die Klage des Dominus nicht. War also der Prinzipal mit der Prozeßführung des Prokurators nicht einverstanden, so konnte er, sei es sofort, sei es später, den Gegner von neuem klagen, ohne hiezu erst einer *translatio iudicii* zu bedürfen und falls der Prokurator mit der *actio mandati* beziehungsweise *negotiorum gestorum contraria* gegen den Prinzipal Regreß nahm, hatte dieser noch immer Zeit, seine Einwendungen gegen die Prozeßführung des Prokurators anzubringen. Erst späterhin „sind die Grundsätze der Kognitur bezüglich der Translation, wie auch sonst, auf den beauftragten Prokurator übertragen worden".[3])

---

[1]) Vgl. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 312 bis 319.

[2]) Dasselbe gilt von den vom Translationsedikt handelnden Fragmenten in den Kommentaren des Paulus und Gaius. Vgl. Lenel, Pal. zu Paul. fr. 175 bis 177, zu Gai. fr. 79, 80.

[3]) Lenel, l'Édit S. 100 N. 1 = E. P. S. 72 N. 1 beruft sich hiezu auf fr. 27 pr. D (3, 3).

An diesem Punkte hat unsere Untersuchung einzusetzen. Eisele in seiner bereits erwähnten Notiz über die *translatio iudicii*[1]) nimmt an, daß die Prozeßtranslation beim Prokurator wie beim Kognitor denselben Grundsätzen unterlag und dieser Meinung ist auch Lenel für die nachhadrianische Zeit. Über das juristische Wesen der *translatio iudicii* hat sich Lenel nicht ausgesprochen, wohl aber Eisele. Ihm ist, wie bereits hervorgehoben wurde, die Prozeßtranslation die Bewirkung eines neuen Prozesses für und gegen den Prozeßnachfolger mit Reszission des ersten *iudicium*. Gegen Eiseles Theorie erhebt sich sofort der Einwand, daß die *translatio iudicii* als *restitutio in integrum* doch von vornherein auf den Kognitor wie den Prokurator in gleicher Weise anwendbar gewesen wäre und daß daher kein Grund einzusehen wäre, warum der Prätor das Translationsedikt nicht auch für den Prokurator erlassen oder doch wenigstens die Jurisprudenz das kognitorische Translationsedikt auf den Prokurator alsbald ausgedehnt hätte. Viel Gewicht will ich indessen auf diesen Einwand nicht legen. Man könnte immerhin mit Lenel entgegen halten, daß für eine analoge Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator ein Bedürfnis nicht vorhanden gewesen sei. Als ein solches eintrat, als die Klage des beauftragten Prokurators[2]) mit Konsumtionsmacht gegen

---

[1]) Z. R. G. 15 S. 140.

[2]) Nach Eisele, Kognitur S. 177 gilt dies für den Prokurator mit Spezialmandat und den *procurator omnium rerum*.

den Prinzipal ausgestattet wurde, habe die römische Jurisprudenz auch keine Bedenken getragen, das kognitorische Translationsedikt auf den Prokurator auszudehnen.

Dieser Punkt bedarf jedoch der Nachprüfung. Lenel beruft sich auf fr. 27 pr. D (3, 3) Ulpian l. 9 ad edict. Es ist dies, soviel ich sehe, die einzige Stelle, welche die analoge Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator für die klassische Zeit bezeugt. Die Stelle lautet:

> *In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a cognitore* (D: procuratore[1]) *iudicium permittatur, si quis omnia iudicii ab eo transferre paratus sit. ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, iuste cognitor* (D: procurator[1]) *hanc inconstantiam recusabit.* ***sed haec ita, si mandato domini procurator egit. ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit,*** *nec tu ea comprobasti: quae invito te acta sunt tibi non praeiudicant ideoque* ***translatio*** *earum litium* ***non est tibi necessaria,*** *ne alieno facto onereris. haec autem cognitio procuratoris mutandi praetoris est.*

Das Fragment zerfällt seinem Inhalte nach in zwei Teile.[2]) Der zweite Teil (von *sed haec ita* an) bezieht sich zweifellos auf den Prokurator. Denn nur von diesem kann man sagen, daß er ohne Mandat nichts *in iudicium*

[1]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 315 N. 4, 5.

[2]) Auch Lenel, Pal. II S. 450 hat die Stelle in zwei Fragmente (315 u. 316) zerlegt.

deduziere. Der Kognitor konsumiert stets das Klagerecht des Prinzipals.[1]) Hingegen ist in der ersten Hälfte des Fragmentes *procurator* zweifellos für *cognitor* interpoliert. Ulpian handelt im 9. Buche vom kognitorischen Translationsedikt und macht nun in dem zweiten Teile des Fragmentes eine Digression auf den Prokurator, indem er erklärt, daß die Bestimmungen des Ediktes über die *cognitoris mutatio* Anwendung finden auf den *procurator, cui mandatum est.* Allerdings paßt die Anknüpfung an den ersten Abschnitt mit „*sed haec ita*" nicht recht in den Zusammenhang und Lenel[2]) hat daher sehr scharfsinnig vermutet, daß Ulpian geschrieben habe: *haec autem omnia in procuratore observabuntur, si mandato domini egit.* Die Kompilatoren mußten, nachdem sie im ersten Teile des Fragmentes den *cognitor* weggestrichen und durch *procurator* ersetzt hatten, natürlich auch diesen verbindenden Satz, der den ersten Teil zu dem vom Prokurator handelnden zweiten Abschnitt in Gegensatz gebracht hätte, löschen und haben ihn nun durch das ungeschickte „*sed haec ita*" ersetzt.

Allein auch in dieser verbesserten Form, die Lenel dem Fragment gegeben hat, läßt sich dasselbe nicht halten. Schon Eisele[3]) hat die Stelle von *sed haec ita* bis *facto onereris* als verdächtig bezeichnet. M. E. läßt sich die Interpolation mit aller in solchen Dingen überhaupt erreichbaren Sicherheit dartun.

---

[1]) Gai. IV 98, D (46, 8) 22, 8 Jul. und dazu Lenel, Pal. zu Jul. fr. 734 N. 1.

[2]) Pal. II S. 450 N. 6.

[3]) Kognitur S. 175.

Ulpian handelt im 9. Buche seines Ediktskommentars[1]) vom kognitorischen Translationsedikt. Der Rest des Buches ist der Darstellung der Prokuratur gewidmet.

Da das 8. Buch nur vom Kognitor handelt, so muß die Erörterung über das kognitorische Translationsedikt an den Anfang des 9. Buches gestellt werden, wenn der Zusammenhang gewahrt werden soll. Hierauf folgt die Darstellung der Prokuratur und zwar erörtert Ulpian zunächst einleitungsweise den Begriff des Prokurators. Es wäre nun auffallend, daß Ulpian schon bei der Kommentierung des kognitorischen Translationsediktes eine Digression auf den Prokurator macht, die schon ein eingehenderes Verständnis der Lehre von der Prokuratur verlangt, während er doch im folgenden erst den Begriff des Prokurators erläutert.

Indessen wäre dieses aus der Systematik des Ulpianischen Ediktskommentars hergeholte Argument allein gewiß nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist jedoch fr. 6, 3 D (3, 4) Paul. l. 9 ad ed.:

> *Actor universitatis si agat, compellitur etiam defendere, non autem compellitur cavere de rato. sed interdum si de decreto dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem. actor itaque iste cognitoris* (D: procuratoris[2]) *partibus fungitur et iudicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit. et* (Lenel: nec[3]) *constitui ei potest. ex iisdem causis*

[1]) Ich folge hier Lenel, Pal. II S. 449 bis 454.

[2]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 186 N. 4

[3]) A. a. O. N. 5.

mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam cognitoris (D: procuratoris.[1])

Hier wird von Paulus die Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den *actor universitatis* daraus abgeleitet, daß dieser rechtlich die Stellung eines Kognitors habe.[2]) Gleich dem Kognitor hat er nicht *cautio rati* zu leisten, wird ihm die *actio iudicati* nur gegeben, wenn er *in rem suam* bestellt ist. Anderthalb bis zwei Dezennien später[3]) sollte aber Ulpian Anwendbarkeit des Translationsediktes auf den Prokurator behauptet haben, während doch zu seiner Zeit dem klägerischen Prokurator weder die *cautio rati* erlassen[4]) noch die *actio iudicati* denegiert wurde.[5])

---

[1]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 186 N. 4.

[2]) Von einer völligen Gleichstellung des *actor universitatis* mit dem Kognitor kann allerdings nicht gesprochen werden. Jener kann zur *cautio rati* verhalten werden, wenn seine Legitimation zweifelhaft ist, außerdem ist er wie der Prokurator zur Defension der *universitas* verpflichtet. Vgl. D (3, 3) 33, 3. Beides trifft beim Kognitor nicht zu. Vgl. Eisele, Kognitur S. 95.

[3]) Das 9. Buch von Ulpians Ediktskommentar ist unter der Alleinregierung Caracallas geschrieben. Fitting, Alter der Schriften S. 42, Jörs, Art. Domitius Ulpianus in Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie 9 S. 1439, 1440. Paulus Ediktswerk kann noch vor Severs und Caracallas Gesamtregierung geschrieben sein. Fitting, a. a. O. S. 46.

[4]) Dieser Punkt ist allerdings in der Literatur (Bibliographie bei Hruza, Über das lege agere pro tutela S. 50 N. 10) sehr bestritten, seitdem Huschke, Ztschr. für gesch. Rechtswissenschaft 14 S. 67 ff. gelehrt hat, daß der beauftragte Prokurator von jeher das Klagerecht des Dominus *in iudicium* deduziert habe und sich daher

Ein weiteres sehr erhebliches Argument für die Interpolation in fr. 27 pr. D (3, 3) liegt in dem Stil des

---

die Notwendigkeit der *cautio rati* nur aus der mangelnden Liquidität des Klagemandats ergebe. Nach der herrschenden insbesondere von Eisele, Kognitur S. 124 ff. weiter ausgeführten Lehre, der auch ich mich anschließe, gehört die Konsumtionsmacht des mit Klagemandat ausgestatteten Prokurators erst der nachgaianischen Zeit an. Trotz der Konsumtionskraft des Klagemandates mußte auch der *procurator, cui mandatum est, de rato* kavieren. Eisele, S. 181, vgl. jedoch Wenger, actio iudicati S. 195. c. 1 C (2, 12) Antoninus Pius, 150 p. Chr. hat Eisele, S. 150 als interpoliert nachgewiesen. Kautionsfrei waren nur der *procurator praesentis, apud acta factus* usw. Vgl. Vat. fr. 333.

[5]) Zu dem im Text zitierten fr. 6, 3 D (3, 4) sei noch eine gelegentliche Bemerkung gestattet. Kniep, Societates publicanorum I S. 358, 373 N. 4 und Wenger, actio iudicati S. 215 N. 23 verwerten die Stelle ohne weiteren Vorbehalt auch für den *actor municipum*. Ich halte das nicht für ganz zutreffend. Fr. 6, 3 handelt vom *actor universitatis*, gehört also zum Edikt „*quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*" (gegen diese Ediktsrubrik Gradenwitz, Z. R. G. 25 S. 144 und gegen Gradenwitz wiederum Lenel, l'Édit I S. 116 N. 2) und Lenel, a. a. O. N. 6 hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß in den Kommentaren die die *universitates* betreffenden Edikte von denen auf die *municipes* bezüglichen scharf getrennt sind. Diese Unterscheidung ist nicht ohne Konsequenzen. So hat Lenel, Pal. I S. 980 N. 5 mit gutem Grunde angezweifelt, ob in dem Satze *et constitui ei potest* der angeführten Stelle *et* nicht für *nec* interpoliert sei. Denn dem Kognitor, welchem der *actor universitatis* gleichgestellt wird, kann wohl ebensowenig konstituiert werden wie ihm gezahlt werden kann. D (46, 3) 86 dazu Eisele, Kognitur S. 92 N. 59. Mit dem *actor municipum* kann hingegen ein Konstitut geschlossen werden [D (13, 5) 5, 7] ebenso

Fragmentes. Darauf hat schon Eisele[1]) hingewiesen. Während Ulpian im ersten und am Anfange des zweiten Teiles vom Kognitor beziehungsweise vom Prokurator noch in der dritten Person spricht, taucht plötzlich in den Schlußsätzen des zweiten Abschnittes ein in der zweiten Person angeredeter Adressat auf. Das sieht ganz so aus, als wenn ein Kaiser auf eine Eingabe in einem Reskript antwortete, wie auch sonst die Stelle Kodexstil verrät. Ulpian hatte zu einem solchen Subjektswechsel gewiß keinen Anlaß. Es dürfte daher nicht zu gewagt erscheinen, wenn man annimmt, daß die Kompilatoren einen Teil eines späteren Kaiserreskriptes bei Ulpian einschoben und dabei die Anknüpfung an dessen frühere Ausführungen durch den ungeschickten Satz *sed haec ita, si mandato domini egit* vermittelten.[2])

wie mit dem Prokurator oder Tutor. Fr. 5, 6 eod. Auch bezüglich der *actio iudicati* ist der *actor municipum* eher dem Tutor gleichgestellt als dem Kognitor. Er haftet nicht mit dieser Klage, aber wohl mehr aus dem auch für die Judikatshaftung des Tutors geltenden Gesichtspunkte des *liti se non offerre*. Vgl. D (42, 1) 4, 2: *potest rem iudicatam recusare*, hingegen bezüglich des *actor universitatis* D (3, 4) 6, 3 cit.: *iudicati actio ei ex edicto non datur* und daher wohl auch *in eum*. Ebenso mag aktiv der *actor municipum* zur *actio iudicati* eines neuerlichen Prozeßmandates nicht bedurft haben, wohl aber analog dem Kognitor der *actor universitatis*. D (3, 3) 28. Vgl. jedoch auch Vat. fr. 335.

[1]) Kognitur, S. 175.

[2]) Der Schlußsatz „*haec autem cognitio procuratoris mutandi praetoris est*" kann von Ulpian sein. Nur muß man dann die Interpolation von *procurator* für *cognitor* annehmen. Der Satz ist an den Schluß des ersten Abschnittes des Fragmentes zu stellen.

Die bisherige Untersuchung hat zu dem Ergebnisse geführt, daß eine Ausdehnung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator auch in der Zeit der severischen Juristen noch nicht stattgefunden hat. Anderseits sind uns für dieselbe Zeit Prozeßtranslationen von und auf einen Prokurator bezeugt. Es sind nur wenige Stellen, die im folgenden eingehend besprochen werden sollen und die hier nur vor dem Verdachte der Interpolation *procurator* für *cognitor* sicher zu stellen sind. In zwei von den hieher gehörigen Stellen fr. 5 D (46, 8), fr. 1, 2 D (20, 6) ist *procurator* zweifellos echt. Das ergibt sich daraus, daß in beiden Stellen vom Einfluß der *translatio iudicii* auf die *cautio rati* beziehungsweise *iudicatum solvi* die Rede ist. Zweifel könnte man nur hegen bezüglich fr. 45, 1 D (17, 1) Paul. l. 5 ad Plaut.:

> *Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim perfecisti mandatum.*

Daß die Stelle sich auf den Prokurator bezieht, ergibt aber zur Evidenz fr. 24 D (3,3) Paul. l. 8 ad edict.: *mutari* (cognitor) *debebit vel ipso cognitore* (D: procuratore[1]) *postulante.*

Der Kognitor kann aus bestimmten Gründen durch direkten Antrag *(postulare)* vom Prätor Entlassung aus dem Prozesse begehren, der Prokurator dagegen bedarf der Mandatsklage, um dies zu erreichen.

---

[1]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 176 N. 2.

Die Verbindung beider Tatsachen, einerseits des Vorkommens von prokuratorischen Translationen, anderseits der Unanwendbarkeit des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator, drängt zu dem Schlusse, daß die Prozeßtranslation in beiden Fällen juristisch sich verschieden gestaltet habe und daß der Grund dieses Unterschiedes in der Verschiedenheit der rechtlichen Struktur der Kognitur und der Prokuratur zu suchen sei. Wenn daher das juristische Wesen der Prozeßtranslation in dem einen von beiden Fällen erkannt werden kann, so werden sich daraus auch gewisse, wenn auch zunächst nur negative, Schlüsse auf die juristische Gestaltung der *translatio iudicii* im anderen Falle ziehen lassen. Im folgenden Paragraphen soll versucht werden, das Wesen der prokuratorischen Prozeßtranslation zu bestimmen. Ich muß mich hiebei zunächst auf die Untersuchung der prinzipiellen Frage, ob das *translatum iudicium* neuer Prozeß sei oder nicht, beschränken. Andere Fragen, wie die nach der praktischen Bedeutung der prokuratorischen Prozeßtranslation im Verhältnis zur kognitorischen, nach der Ausgestaltung derselben in nachklassischer Zeit, setzen bereits ein Verständnis der kognitorischen Prozeßtranslation voraus und können demnach erst nach Erörterung jener zur Darstellung gebracht werden.

§ 2.

Unsere Untersuchung hat auszugehen von dem bereits erwähnten fr. 45, 1 D (17, 1) Paul. l. 5 ad Plautium.

Der Prokurator, der im Auftrage des Prinzipals für denselben als Beklagter den Prozeß übernommen hat, hat unter gewissen Voraussetzungen[1]) einen mit der *actio mandati contraria* verfolgbaren Anspruch auf *translatio iudicii*.

Dasselbe muß gelten bezüglich des unbeauftragten Defensors, nur daß an Stelle der Mandatsklage die *actio negotiorum gestorum contraria* tritt.[2]) Der juristische Charakter dieses Translationsanspruches läßt sich sehr leicht feststellen.

In der Prozeßübernahme, d. h. in der Litiskontestation des Defensors liegt privative Interzession[3]) zugunsten des Dominus, indem dieser durch die konsumierende Kraft der Litiskontestation von seiner Verbindlichkeit befreit wird und der Defensor eine gegen sich gerichtete Prozeßobligation schafft.[4]) Der Anspruch auf

[1]) Paulus sagt nur „*ex iusta causa*", ohne näher zu spezialisieren. Denkbar wäre verschiedenes, z. B. Verhinderung des Prokurators durch Krankheit, durch eine unaufschiebbare Geschäftsreise, den Prozeß weiter zu führen, eintretende Insolvenz des Dominus, die den Regreßanspruch des Prokurators gefährdet, Beerbung des Klägers durch den Prokurator. In der Regel ist allerdings der Prokurator verpflichtet den Prozeß bis zum Urteile zu führen, eventuell sogar noch Appellation einzulegen. D (3, 5) 30, 2, Tuhr, actio de in rem verso S. 60.

[2]) A. M. Tuhr, l. c., der dem *defensor absentis* nach Analogie des unbeauftragten Expromissors [D (17, 1) 45, 2] sofort nach Rückkehr des Prinzipals den Translationsanspruch zugestehen möchte.

[3]) Tuhr, a. a. O. S. 57 ff.; Keller, Litiskontestation S. 87 ff. Vgl. auch D (46, 2) 11, 1.

[4]) Vat. fr. 332: *Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit.* Vgl. auch D (3, 3) 67.

translatio iudicii ist demnach Liberationsanspruch, gerichtet auf Befreiung von der vom Defensor durch die Streitbefestigung übernommenen Prozeßobligation. Verweigert also der Prinzipal die Übernahme der Prozeßobligation, so ist der Defensor auf die *actio mandati* beziehungsweise *negotiorum gestorum contraria* verwiesen, mit der er die Geldkondemnation des Dominus auf sein Interesse erlangen kann. Im Prozesse aber bleibt er, wenn der Prinzipal der Übernahme der Prozeßobligation nicht zustimmt. Die Ersetzung einer Willenserklärung durch rechtskräftiges Urteil[1]) war dem römischen Zivilprozesse unbekannt. Ausgeschlossen ist es auch, daß der Prokurator mit dem Begehren um Prozeßtranslation sich direkt an den Prätor wandte. Letzteres ist für den Kognitor bezeugt.[2]) Wir wissen aber bereits, daß eine analoge Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator in klassischer Zeit nicht stattfand; auch erwähnt fr. 45, 1 cit. nur die *actio mandati*.

Inwieferne ist aber der Kläger an dem Translationsvorgange beteiligt? Ist es denkbar, daß Prokurator und Dominus einverständlich das Begehren um *translatio iudicii* stellen und hierauf der Prätor die Translation bewerkstelligt, indem er in die *condemnatio* der Streiturkunde den Namen des Prinzipals an Stelle des Prokurators setzt, ohne daß es erforderlich wäre, den Kläger um seine Willensmeinung zu befragen? Wenn wir diese

[1]) §§ 894, 895 d. Z. P. O., § 367 ö. E. O.

[2]) D (3, 3) 24. In welcher Weise sich dann die Translation vollzog, kann hier dahingestellt bleiben.

Frage beantworten wollen, müssen wir erwägen, daß durch die Litiskontestation der Prokurator Schuldner des Klägers geworden ist und daß demnach die Translation für den Kläger die Substituierung eines neuen Schuldners bedeutet.

Der Sachverhalt ist ganz derselbe, wenn ein Expromittent Abnahme seiner Verpflichtung seitens des Prinzipals verlangt. Für diesen Fall haben wir aber eine Entscheidung in den Quellen. Fr. 45, 2 D (17, 1) Paul. l. 5 ad Plaut.:

> *Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam:* ***aut si nolit creditor obligationem mutare,*** *cavere tibi debeo defensurum te.*

Es bedarf also zur Realisierung des Liberierungsanspruches des Expromittenten einer novatorischen Stipulation zwischen Gläubiger und Prinzipal. Damit ist auch die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage gegeben. Zur Durchführung der *translatio iudicii* vom Prokurator auf den Prinzipal sind die übereinstimmenden Willenserklärungen des bisherigen Klägers und des Prinzipals, mit der geänderten Streiturkunde prozessieren zu wollen, erforderlich. Liegt nun darin eine neue Litiskontestation? Muß man diese Frage bejahen, so scheint mir der Schluß unabweisbar, daß die *translatio iudicii* nur auf Grund einer *restitutio in integrum*[1]) durch-

[1]) Vgl. aber Wlassak, Kognitur S. 41 N. 11 und oben S. 11, 12.

führbar war. Denn der zweiten Litiskontestation *de eadem re* stünde der Satz *ne bis in idem* entgegen. Es wäre aber auch denkbar, in dieser Willenseinigung des Prozeßnachfolgers und der bisherigen Partei einen prozessualischen Vertrag sui generis (Translationsvertrag) zu erblicken, der die Identität des Streitverhältnisses unberührt ließe.

Die Antwort auf diese Frage werden wir gewinnen, wenn wir den Einfluß der prokuratorischen Translation auf die Prozeßkautionen untersuchen. Erfolgt die prokuratorische Translation auf Grund neuer Litiskontestation, so ist das *translatum iudicium* neuer Prozeß, mithin *alia res*. Nun wissen wir, daß die vom Prokurator bestellte *cautio iudicatum solvi* erlischt, wenn *alia res* vorliegt. D (5, 1) 64, 1 Ulp. l. 1 disput.:

> *Si quis alio iudicio acturus iudicatum solvi satis acceperit, deinde in alio iudicio agat,* ***non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur.***

D (46, 7) 13, 1 Ulp. l. 7 disput.:

> *Si fuero a sponsore* (D: fideiussore[1]) *procuratoris stipulatus iudicatum solvi quasi in rem acturus et postea in personam egero, vel alia actione acturus, aliam autem dictavero actionem,* ***non committitur stipulatio, quia de alia re actum videtur, de alia stipulatio interposita.***

Sollte nun der Prokurator infolge *translatio iudicii* von der Haftung aus der *cautio iudicatum solvi* frei

---

[1]) **Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 137 N. 2.**

werden, so liegt es nahe, daraus den Schluß zu ziehen, daß diese Befreiung ihren Grund eben darin findet, daß das *translatum iudicium alia res* ist.[1]) Das ist nun in der Tat der Fall. D (20, 6) 1, 2 Papinian. l. 11 respons.:

> *Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit: **in dominum iudicio postea translato sponsores*** (D: fideiussores[2]) ***ob rem iudicatam** quos defensor dedit **non tenebuntur** nec pignora quae dederunt.*

Mit welchem Zeitpunkte erlischt die Kaution? Papinian gibt selbst die Antwort, wenn er sagt: ***translato iudicio** sponsores non tenebuntur. Translato iudicio* d. h. mit Perfektion der Prozeßtranslation. Die Translation ist jedoch perfekt, wenn die bisherige Partei und der Prozeßnachfolger den neuen Prozeßvertrag geschlossen haben. Mit diesem Zeitpunkte wird auch der Prokurator von seiner Haftung frei, also nicht schon mit der prätorischen Reszission des ersten Prozesses.[3])

---

[1]) Aus der Fassung der *cautio iudicatum solvi* auf die Befreiung des Prokurators bei *translatio iudicii* zu argumentieren, wäre bedenklich, da wir über das Kautionsformular nur sehr mangelhaft unterrichtet sind. Wahrscheinlich war es unpersönlich gefaßt. Vgl. die Restitution bei Lenel, l'Édit II S. 280 = E. P. S. 418: *qua de re ego tecum acturus sum, ob eam rem iudicatum solvi eamque rem boni viri arbitratu defendi . . . . . spondesne?* Wer diese Formulierung für sichergestellt hält, wird zugeben müssen, daß sich aus ihr allein für die Liberierung des Prokurators bei *translatio iudicii* gar nichts deduzieren läßt.

[2]) Lenel, Pal. zu Pap. fr. 657 N. 2.

[3]) Das wird bestätigt durch fr. 46, 3 D (3, 3) Gai. l. 3 ad ed. prov.: *Item quaeritur, si iudicium acceperit defensor et actor in integrum*

Indessen sind Fälle möglich, in denen die Haftung des Prokurators aus der *cautio iudicatum solvi* schon vor der Perfektion der *translatio iudicii* erlischt; dann nämlich, wenn der Dominus, auf welchen der Prozeß übergeht, zufolge der Natur der Klage gleichfalls zur Bestellung einer *cautio iudicatum solvi* verpflichtet ist. Ich denke hiebei vor allem an dingliche Klagen.[1]) Wird der Prokurator mit einer *actio in rem* belangt, so ist er aus doppeltem Grunde zur Leistung der *cautio iudicatum solvi* verpflichtet. Einmal in seiner Eigenschaft als Defensor und dann wegen der *actio in rem*. Dieser doppelten Verpflichtung genügt er indessen durch Leistung einer *cautio*.[2]) Kommt es nun zur *translatio iudicii* auf den Dominus, so muß dieser wegen der dinglichen Natur der Klage ebenfalls *cautio iudicatum solvi* leisten. Denn es handelt sich ihm gegenüber um neuen Prozeß. Es ist mir nun sehr wahrscheinlich, daß man in der Leistung der Kaution seitens des Dominus, die doch denselben Anspruch sicherstellen sollte wie die Stipulation des Prokurators, den

---

restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere: et magis placet cogendum. Daß der Defensor auch zur Streiteinlassung auf das *restitutorium iudicium* verpflichtet ist, erklärt sich, wie ich mir bei einer anderen Gelegenheit darzutun vorbehalte, daraus, daß er trotz der Restitution noch aus der von ihm bestellten *cautio iudicatum solvi* haftet.

[1]) Keller-Wach, Z. P. § 56; Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 530; Gai. IV 91.

[2]) Arg. D (3, 3) 40, 2 Ulpian. l. 9 ad ed. Der Jurist spricht nur von einer *cautio iudicatum solvi*. Außerdem muß der Prokurator noch *de rato* kavieren.

Tatbestand einer *expromissio* erblickte und demnach den Prokurator in dem Momente für liberiert erklärte, in welchem es zur Bestellung der *cautio iudicatum solvi* seitens des Dominus gekommen war.[1]) Eine Stütze erhält diese Vermutung durch fr. 7 D (46, 7) Gai. l. 27 ad ed. prov.:

> *et alias responsum esse, si quis absentem defendens satisdederit, deinde vel cognitor* (D: procurator[2]) *ab eo datus vel postquam heres eius exstitit, iudicium acceperit, sponsores* (D: fideiussores[2]) *non teneri.*

Jemand hat als *defensor absentis cautio iudicatum solvi* geleistet und wird nachträglich, aber noch vor der Streiteinlassung, zum Kognitor bestellt. Gaius entscheidet mit Berufung auf frühere Responsen, daß die Bürgen der *cautio iudicatum solvi* befreit werden. Die Begründung dieser Entscheidung ist m. E. darin zu suchen, daß der Prinzipal, der den Denfensor zum Kognitor macht, jetzt für ihn Kaution stellen muß.[3]) Infolge dieser zweiten[4])

---

[1]) Die Befreiung des Prokurators von der *cautio rati* trat wohl schon dann ein, wenn der Prinzipal sich zur Übernahme des Prozesses bereit erklärte. Denn darin lag wohl Genehmigung der Prozeßführung des Prokurators.

[2]) Lenel, Pal. zu Gai. fr. 363 N. 4, 6.

[3]) Gai. IV 101.

[4]) Daß es mit der vom Kognitor in seiner früheren Eigenschaft als Defensor geleisteten Kaution sein Bewenden gehabt habe und daher der Dominus nicht mehr neuerlich *cautio iudicatum solvi* zu versprechen genötigt gewesen sei, scheint mir ausgeschlossen. Denn ein Kognitor, der selbst Kaution stellt, ist Prokurator. D (3, 3) 28; 61. Vgl. dazu Lenel, Pal. I S. 1148, II S. 388, 389 und Wenger, actio iudicati S. 183 N. 17.

auf *idem* gerichteten *cautio* erlischt die erste und damit auch die Bürgenhaftung.[1]) Gaius scheint allerdings noch als zweite Bedingung des Erlöschens der Kaution die Litiskontestation des Kognitors anzuführen. Ein Grund, warum erst mit diesem Zeitpunkte Befreiung der Bürgen eintreten sollte, wäre nicht recht einzusehen. Doch erklärt sich die Erwähnung der Litiskontestation sehr einfach daraus, daß Gaius in der angeführten Stelle vom Verfall der *clausula „iudicatum solvi"* handelte[2]) und daher die bereits erfolgte Streitbefestigung erwähnen mußte.

Die bisherige Untersuchung über die prokuratorische Prozeßtranslation auf der Beklagtenseite[3]) hat zum Ergebnisse geführt, daß die *translatio iudicii* sich auf Grund einer neuen Litiskontestation zwischen der bisherigen Partei und dem Prozeßnachfolger vollzieht, für die aber erst durch eine *restitutio in integrum*, welche die erste

---

[1]) Daß die Bürgen befreit werden, wenn der Defensor noch vor der Streitbefestigung den Dominus beerbt, erklärt sich daraus, daß der Defensor dann als Erbe die Litiskontestation nicht mehr *alieno*, sondern *suo nomine* vollzieht. Wie es mit der Haftung der Bürgen stand, wenn der Erbfall erst nach der Litiskontestation eintrat, möge dahingestellt bleiben. Für die Fortdauer der Bürgenhaftung spräche der Umstand, daß der Defensor durch die Streitbefestigung die Prozeßobligation gegen sich begründet hat und dieselbe daher nicht mehr zum Nachlaß gehört.

[2]) Lenel, Pal. I S. 233 N. 2,' anders noch E. P. S. 414 N. 1.

[3]) Unsere Ausführungen bezogen sich allerdings nur auf die *translatio iudicii* vom Prokurator auf den Prinzipal. Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß für den umgekehrten Fall mutatis mutandis dasselbe gilt.

Streitbefestigung beseitigt, Raum geschaffen werden muß. Es erübrigt nur noch die Erörterung einiger Detailfragen.

1. In welcher Weise vollzog sich das Translationsverfahren? Da die Durchführung der Prozeßtranslation Willenseinigung sämtlicher beteiligter Personen, der bisherigen Parteien und des Prozeßnachfolgers, erforderte,[1]) so mußten dieselben vor dem Prätor erscheinen und daselbst einverständlich die Translation begehren. Der Prätor wird dann geprüft haben, ob eine *iusta causa translationis*[2]) vorhanden sei, und wenn ja, die Translation, d. h. die *restitutio in integrum*, bewilligt haben. Zu diesem Zwecke mußte der erste Prozeß beseitigt werden und dies geschah wohl in der Weise, daß der Prätor ein Verbot zu judizieren an den Geschworenen erließ. Vgl. fr. 58 D (5, 1) Paul. l. 13 ad Sab.:

Iudicium solvitur ***vetante eo qui iudicare iusserat***[3]) rell.

---

[1]) Vgl. auch Vat. fr. 332: *Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat,* und Rümelin, Stellvertretung S. 100. Daß zur Translation Zustimmung der aus dem Prozesse ausscheidenden Partei gehört, ist selbstverständlich, wenn dies der Prinzipal ist. Dasselbe gilt aber auch für den umgekehrten Fall, der *translatio iudicii* vom Prokurator auf den Dominus. Denn nur jener hat ein Interesse an der Translation, da er dadurch von einer Verbindlichkeit befreit wird.

[2]) Arg. fr. 45, 1 D (17, 1) cit.

[3]) Das *iudicare vetare* bildet das Gegenstück zum *iudicare iubere*, dem prätorischen Prozeßeinleitungsdekret, welches wohl unter Mitteilung einer Abschrift der Formel (vgl. neuestens Wenger, Art edere in Pauly-Wissowa Sep.-Abdruck S. 2 d) dem Geschworenen

Hierauf erfolgte Erteilung einer neuen Formel, deren *condemnatio* auf den Namen des Prozeßnachfolgers lautete. Mit dieser Streiturkunde vollzogen dann die bisherige Partei und der Prozeßnachfolger die Litiskontestation.

Die Formel wird, falls die erste Klage *ipso iure* konsumiert war, eine Fiktion „*ac si de ea re actum non esset*"

Verhandlungstermin und Ort sowie sonstige Fristbestimmungen festsetzte. Vgl. Wlassak, L. K. S. 55, P. G. II S. 55 N. 10, D (5, 1) 2, 2; 59, lex Urson. c. 95, lex Rubr. c. 20 lin. 16 bis 20, c. 21 lin. 13, 14, c. 23 lin. 57, 58, (Bruns, fontes[6] S. 131, 99, 100) D (2, 1) 13, 1, D (48, 11) 7 pr. Vgl. ferner C. J. Gr. I 1711 (Anfang der Kaiserzeit): *περὶ τῆς ἀμφισβητήσεως τῆς Δελφῶν πρὸς Ἀμ[φισσεῖ]ς [τῆς] κα[ινῆς] ὑπὲρ τῶν ὅρων, περὶ ἧ[ς] ὁ μέγ[ισ]τος Αὐτοκράτωρ ἐκέλευσέν με χρεῖναι κτλ.* und die bereits berufene Inschrift C. J. Gr. I 1732 (118 p. Chr.): *κελεύσαντός με ἀποφήνα[σ]θαι Κλωδίου Γρανιανοῦ τοῦ κρατίστου ἀνθυπάτου, κρείνω καθὼς ὑπογέγραπται κτλ.* Gegenüber dem *iudicare iubere* kann das *iudicare vetare* als Prozeßaufhebungsdekret bezeichnet werden. Daneben sind noch Prozeßbetreibungs- und Prozeßhemmungsdekrete zu unterscheiden. Vgl. P. Lond. II 196 Col. I, 1 ff. (S. 152) und P. Catt. Verso Col. V 23 ff. Dazu Meyer, Arch. f. Papyrusforschung III S. 102. Bezüglich der letzteren sind zwei Gruppen von Fällen zu trennen. Es kann sein, daß der durch die Litiskontestation begründete Prozeß vorerst gar nicht vor dem Geschworenen zur Verhandlung kommen soll, weil z. B. die Entscheidung einer ihm präjudizierenden *causa maior* abgewartet werden soll. Hieher gehören fr. 7, 4; 24, 3 D (40, 12), fr. 1, 2 D (2, 12), fr. 7, 1 D (5, 3), zu dieser letzteren Stelle vgl. Hartmann, Über die querela inofficiosi, akad. Programm (Basel 1864) S. 20 ff. Vgl. ferner Hartmann-Ubbelohde, Ordo S. 463 N. 66. Es kann aber auch der Prozeß bereits zur Verhandlung vor dem Geschworenen gediehen sein und dann aus irgend einem Grunde gehemmt werden. Beispiele: D (40, 12) 23, 2, D (9, 4) 42 pr.

enthalten haben, in den Fällen prätorischer Konsumtion genügte es, die *exceptio rei in iudicium deductae* nicht einzuschalten.

Es sei gestattet, an dieser Stelle noch auf einen Fall zu verweisen, der in besonders prägnanter Weise zeigt, daß die prokuratorische Translation ihrem Wesen nach als *restitutio in integrum* aufzufassen ist. Wenn der Defensor den Kläger beerbt, so erlischt das *iudicium*.

Arg. fr. 11 D (5, 1) Ulp. l. 12 ad edict.:

> *Si a me fuerit* ***adrogatus*** *qui mecum erat litem contestatus vel cum quo ego:* ***solvi iudicium***[1]) *Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.*

Der Defensor wäre, nur auf seine *actio mandati* beziehungsweise *negotiorum gestorum contraria* angewiesen, in der übelsten Lage gewesen, da er mit dieser Klage bestenfalls die aufgewendeten Prozeßkosten hereinbringen konnte.[2]) Geholfen war ihm nur dann, wenn er den von seinem Erblasser begonnenen Prozeß als Erbe, also in der entgegengesetzten Parteirolle, gegen seinen ehemaligen Prinzipal fortsetzen konnte *(translatio iudicii)*. Doch die vom Erblasser begründete Prozeßobligation war durch Konfusion erloschen, das Klagerecht konsumiert.[3]). Eine Fort-

---

[1]) Also dieselbe Wirkung wie infolge des *iudicare vetare*.

[2]) Vgl. D (3, 3) 46, 6, D (46, 7) 5, 6. Vgl. auch Erman im Recueil inaugural de l'université de Lausanne (1892) S. 110 in N. 3 ex S. 109.

[3]) *Iudicium solvitur* bedeutet dasselbe wie *iudicium expirat* bei der Prozeßverjährung der *lex Julia*, (Gai. IV 104) d. h. es erlischt

setzung des Prozesses gegen den Dominus war daher nur auf Grund einer Restitution als neuer Prozeß möglich.

2. Ich bin bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Kläger der Prozeßtranslation keine Schwierigkeiten entgegensetzte. Wie aber, wenn er sich weigerte, in die Translation zu willigen? Konnte ihn der Prätor dazu zwingen, wenn ihm eine *iusta causa translationis* genügend glaubhaft gemacht wurde? Direkter Zwang etwa in der Weise, daß der Prätor über den Kläger hinweg die zur Translation nötige Änderung an der Formel vornahm, war ausgeschlossen, da die *translatio iudicii* eine neue Litiskontestation erforderte. Hingegen wäre es denkbar, daß der Prätor, um den widerspenstigen Kläger zu beugen, das Prozeßaufhebungsdekret erließ und so den Kläger nötigte, jetzt den Prozeßnachfolger (Prinzipal oder Prokurator) anzugehen, wenn er nicht sein

---

der Prozeß, nicht aber werden beseitigt die Litiskontestation und ihre Wirkungen. Es ergibt sich dies schon daraus, daß der Prätor zwar das *iudicium solvi* durch *iudicare vetare* herbeiführen kann, aber nicht den legitimen, d. h. auf der aebutisch-julischen Prozeßordnung beruhenden, Prozeßvertrag zu beseitigen vermag. Nicht entgegen steht fr. 19 D (24, 3) Ulp. l. 36 ad Sab.: *Si mulier diverterit et iudicio rei uxoriae* (D: de dote Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 2822 N. 9) *contestato reversa fuerit in matrimonium, redintegrato matrimonio exspirat iudicium et omnia in statu pristino manent.* Denn in solchen Fällen ging die Meinung der römischen Juristen dahin, daß mit der Erneuerung der geschiedenen Ehe auch die Dos als stillschweigend neu bestellt gelte. Eine neuerliche Dotalklage wäre also auf eine neue Dosbestellung gestützt gewesen. Vgl. Windscheid-Kipp Pand.[9] III S. 15 und die in N. 12 ebenda angeführte Literatur.

Recht verlieren wollte.[1]) Man erwäge jedoch folgendes: Die prokuratorische Prozeßtranslation bedeutete für den Kläger die Substituierung eines neuen Schuldners. Nun wird dieser Umstand allein in der Regel einen Grund zur Weigerung des Klägers nicht gebildet haben, wenn der Prozeßnachfolger genügend zahlungsfähig war. So namentlich, wenn es sich um *translatio iudicii* vom Prokurator auf den Dominus handelte, da in diesem Falle der Kläger nur wieder seinen alten Schuldner bekam. Umgekehrt konnte die Prozeßtranslation vom Dominus auf einen Prokurator für den Kläger sogar vorteilhaft sein, insoferne er nämlich durch die *cautio iudicatum solvi* des Prokurators erhöhte Sicherung seines Anspruches gewann. Die Situation des Klägers wurde aber bedenklich, wenn des Prozeßnachfolgers Zahlungsfähigkeit fraglich oder derselbe gar insolvent war. Unter solchen Umständen bedeutete die Prozeßtranslation für den Kläger praktisch Verlust seines Anspruches.[2]) Denn mit durchgeführter *translatio iudicii* auf den Dominus[3]) wurde der Proku-

[1]) Viel einfacher lag die Sache, wenn es sich um Abnahme einer vom Prokurator im Interesse des Dominus übernommenen Verpflichtung seitens des letzteren handelte und der Gläubiger seine Mitwirkung dazu verweigerte. In einem solchen Falle konnte der Prokurator die Klage des Gläubigers abwarten und dann den Dominus zur Defension auffordern. Vgl. D (17, 1) 45, 2.

[2]) Man wende nicht ein, daß in solchen Fällen der Prätor keine Translation bewilligte. Eine *iusta causa translationis* konnte gleichwohl vorhanden sein.

[3]) Nur diese Möglichkeit kommt in Betracht. Translation vom Dominus auf einen zahlungsunfähigen Prokurator mußte schon

rator von seiner Haftung aus der *cautio iudicatum solvi* frei. Dazu kommt noch der Umstand, daß das *translatum iudicium* neuer Prozeß war, beruhend auf neuer Litiskontestation. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitbefestigung knüpften sich daher erst an den Zeitpunkt der zweiten Litiskontestation[1]) und dies konnte unter Umständen eine erhebliche Beeinträchtigung des klägerischen Rechts zur Folge haben.

Sollte man den Kläger gezwungen haben, in eine solche Preisgabe seines Anspruches zu willigen? Die Frage zu verneinen, fällt nicht schwer, um so mehr als, wie ich später darzutun hoffe, in der kognitorischen Prozeßtranslation ein Mittel gefunden war, welches den berechtigten Interessen des Klägers wie des Beklagten in gleicher Weise Rechnung trug.

Aus denselben Gründen halte ich auch einen Translationszwang gegen den Dominus für unzulässig, selbst wenn der Kläger zur *translatio iudicii* bereit war. Fr. 45, 1 cit. spricht bezeichnenderweise nur von der *actio mandati*, die dem Prokurator zusteht, um den Prinzipal zur Translation zu veranlassen. Auch hier bot, wie später gezeigt werden soll, die kognitorische Translation Abhilfe.

Was nun die prokuratorische Prozeßtranslation auf der Klägerseite betrifft, so ist vor allem zu bemerken, daß nach älterem Recht die Litiskontestation des klagenden Prokurators das Klagerecht des Dominus unberührt

daran scheitern, daß letzterer keine Bürgen zur *cautio iudicatum solvi* fand.

[1]) Vgl. oben S. 24.

ließ.[1]) Der Prinzipal hatte also in der Regel, solange er die Prozeßführung des Prokurators nicht genehmigt hatte, kein Interesse, den Prozeß zu übernehmen. Umgekehrt hatte aber der Prokurator einen Anspruch auf Ratihabition *ex mandato* beziehungsweise aus der *negotiorum gestio*, unter Umständen[2]) sogar auf Übernahme des Prozesses seitens des Dominus, ein Anspruch, der nur mittels der *actio mandati (negotiorum gestorum) contraria* realisierbar war. Die Verhältnisse scheinen demnach ganz ähnlich zu liegen wie bei der prokuratorischen Translation auf der Beklagtenseite. Indessen weist bei näherem Zusehen wenigstens der Fall der *translatio iudicii* vom klagenden Prokurator auf den Dominus doch einige Besonderheiten auf. Wenn der Prinzipal einverständlich mit dem Prokurator von dem Prätor *translatio iudicii* begehrt, so scheint darin schon eine Ratihabition der Prozeßführung des Vertreters zu liegen. Vgl. fr. 5 D (46, 8) Scaevola l. 5 responsorum.:

> *Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.*

Man könnte nun sagen, daß der Prinzipal in dem Momente, als er sich zur *translatio iudicii* bereit erklärt, auch ratihabiert habe. Daher sei sein Klagerecht auch mit diesem Zeitpunkte erloschen. Eine *translatio iudicii*

---

[1]) Dies gilt sicher noch zu Gaius' Zeiten. Vgl. oben S. 49 N. 4 und Eisele, Kognitur S. 124 ff., 171 ff., ferner Girard, Manuel de droit Romain[3] S. 1014.

[2]) *Ex iusta causa.* Arg. fr. 45, 1 D (17, 1). Vgl. oben S. 54 N. 1.

auf ihn wäre demnach, analog der prokuratorischen Translation auf der Beklagtenseite, nur in der Weise möglich, daß der Prätor im Wege der *restitutio in integrum* den ersten Prozeß aufhebe und dem Dominus eine neue Klage und Formel gegen den Prozeßgegner gewähre. M. E. ist diese Konstruktion eine Subtilität. Viel näher liegt es, sich den Translationsvorgang in der Weise vorzustellen, daß der Prinzipal sein eigenes noch nicht konsumiertes Klagerecht geltend macht und zugleich mit dem Vertreter Aufhebung des ersten Prozesses verlangt. Natürlich liegt darin auch die Genehmigung der Prozeßführung des Prokurators. Für diese letztere Auffassung spricht auch die oben zitierte Stelle. Bewirkte die Erklärung des Dominus, den Prozeß fortsetzen zu wollen, allein schon Ratihabition und Konsumtion, so wäre dies eine *ratihabitio verbis*. Scaevola spricht jedoch von einer *ratihabitio actu* und interpretiert dieselbe als *persequi* der *lis, quam procurator inchoasset*.

Man wird den Worten des Juristen gewiß mehr gerecht, wenn man unter *ratihabitio actu* die Streitbefestigung des Prinzipals mit dem Gegner auf Grund seines eigenen noch nicht konsumierten Klagerechtes versteht.

Es ist auch praktisch nicht ohne Bedeutung, ob man die eine oder die andere der hier erwähnten Auffassungen akzeptiert. Nach der hier abgelehnten Konstruktion erforderte die *translatio iudicii* stets eine *restitutio in integrum*, also auch immer eine *causae cognitio* über die Translationscausa. Ferner wäre im Falle, daß die Be-

dingungen der *ipso iure* Konsumtion für den ersten Prozeß gegeben waren, fiktizische Fassung der Translationsformel erforderlich gewesen. Alle diese Weitläufigkeiten fallen nach der anderen Auffassung weg. Insbesondere war eine *causae cognitio* über die Zulässigkeit der Translation nicht erforderlich. Denn daß der Prätor das Prozeßaufhebungsdekret verweigert haben sollte, wenn ihn Prokurator und Dominus einverständlich darum angingen, scheint mir kaum glaublich.

Anders lag natürlich die Sache in dem übrigens praktisch kaum häufigen Falle der *translatio iudicii* vom klagenden Dominus auf einen Prokurator. Hier war eine *restitutio in integrum* unvermeidlich. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn der Prinzipal schon vorher die Prozeßführung des Prokurators genehmigt hatte[1]) oder der Ver-

---

[1]) Vgl. D (5, 1) 56, D (3, 3) 66 und Eisele, Kognitur S. 177. Bei dieser Gelegenheit mag die Frage gestattet sein, an wen die Ratihabitionserklärung zu richten war, an den Prokurator oder den Prozeßgegner. Prima facie wäre beides möglich. Man muß jedoch bedenken, daß die Genehmigung, wenn sie den Prozeßgegner von einer zweiten Klage befreite, doch auch für ihn beweisbar gewesen sein muß. Das war aber nicht der Fall, wenn sie lediglich intern zwischen Dominus und Prokurator erfolgte, da der Dritte dann von ihr möglicherweise gar keine Kenntnis haben konnte. In der Annahme, daß die *ratihabitio*, um konsumierende Wirkung zu haben, an den Prozeßgegner adressiert sein mußte, werden wir noch bestärkt durch die in den Quellen klar zutage tretende Funktion der *ratihabitio* als Ersatz des fehlenden *iussus* zu dienen. Vgl. Pernice, Labeo I S. 513 ff.; Eisele, Kognitur S. 133 ff. und die daselbst zitierten Belege. Der *iussus* war aber bekanntlich eine an

treter Klagemandat hatte. Letzteres allerdings erst in nachgaianischer Zeit, seitdem man das Klagemandat mit Konsumtionskraft ausgestattet hatte.[1]) In solchen Fällen konnte die Lage des Prinzipals bedenklich werden, wenn der Prokurator der Kollusion verdächtig war. Der Dominus hatte das größte Interesse, die Führung des Prozesses in seine Hand zu bekommen. Anderseits war aber die Translation undurchführbar, wenn der Prokurator oder der Gegner sich weigerten, in dieselbe zu willigen. Zwar hatte der Prinzipal die Mandatsklage gegen den betrügerischen Prokurator und bei Insolvenz desselben die *actio doli*[2]) gegen den Prozeßgegner. Doch waren diese Mittel ebenso umständlich wie in ihrem Erfolge unsicher. Rasch und sicher war dem Prinzipal nur dann geholfen, wenn er den kollusionsverdächtigen Vertreter sofort aus dem Prozesse entfernen konnte. Die prokuratorische Translation bot hiezu keine Handhabe und es mag in den hier erwähnten Fällen zuerst als notwendig empfunden worden sein, durch Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator Abhilfe zu schaffen.[3])

---

den Dritten gerichtete Willenserklärung. Vgl. Pernice, Labeo I S. 505; Windscheid-Kipp, Pand.[8] II S. 1038 N. 6; Tuhr, actio de in rem verso S. 204 N. 3.

[1]) Eisele, Kognitur S. 130 ff., 176 ff.

[2]) So noch Labeo fr. 8, 1 D (17, 1). Eine spätere durch Ulpian vertretene Ansicht D (4, 3) 7, 9 gestattete auch Restitution der alten Klage. Vgl. Spaltenstein, Wiedereinsetzung S. 149 ff.

[3]) Vgl. auch das interpolierte fr. 27 pr. D (3, 3).

§ 3.

Die Ausführungen des vorigen Paragraphen haben uns die prokuratorische Prozeßtranslation als ein ebenso schwerfälliges wie unpraktikables Prozeßverfahren gezeigt. Schwerfällig, weil sie eine *restitutio in integrum* voraussetzte, unpraktikabel, weil ihre Durchführung in der Regel an den widerstreitenden Interessen der beteiligten Personen, deren Willenseinigung sie erforderte, scheitern mußte. Der Prinzipal hatte, wenn es sich um *translatio iudicii* vom Prokurator auf ihn handelte, in der Regel gar kein Interesse, den Prozeß zu übernehmen, der Kläger wird bei prokuratorischer Translation auf der Beklagtenseite derselben in den meisten Fällen widerstrebt haben, da sie für ihn einen neuen Prozeß bedeutete und so den für die Beurteilung seines Anspruches maßgebenden Zeitpunkt der Litiskontestation in einer für ihn nachteiligen Weise verschob. Prokuratorische Prozeßtranslationen dürften daher in praxi kaum häufig gewesen sein und es mag sich daraus auch die Dürftigkeit des Quellenmaterials erklären. Anderseits läßt sich nicht leugnen, daß es Fälle genug gab, in denen das Bedürfnis nach einer *translatio iudicii* vom Prinzipal auf einen Prozeßvertreter und umgekehrt vollauf gerechtfertigt war. Die prokuratorische Translation vermochte aus den erörterten Gründen diesem Bedürfnisse nicht zu genügen. Abhilfe war also geboten und wir dürfen wohl annehmen, daß sie die durch den Prätor geschaffene kognitorische Translation brachte. Sollte aber die kognitorische

Translation wirklich ein brauchbares Prozeßinstitut sein, so mußten die beiden Hauptnachteile der prokuratorischen Translation, einerseits die Unmöglichkeit, die Einheit des Prozeßverhältnisses zu wahren, anderseits das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Interessenten zur Translation in irgend welcher Weise vermieden werden. In dieser Vermutung werden wir noch bestärkt durch die bereits gemachte Beobachtung, daß noch die Juristen der severischen Zeit das kognitorische Translationsedikt auf den Prokurator nicht analog angewendet haben. Den Grund dieser Erscheinung vermag ich nur darin zu finden, daß eine prinzipielle Verschiedenheit in der juristischen Gestaltung der beiden Prozeßtranslationen die analoge Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Prokurator ausschloß. Wenn wir nun das Wesen der prokuratorischen Translation als Bewirkung eines neuen Prozesses auf Grund neuer Litiskontestation erkannt haben, so wird schon a priori das argumentum a contrario nicht von der Hand zu weisen sein, daß es sich bei der kognitorischen Translation gerade umgekehrt verhalten habe. Die Quellen bestätigen nun in der Tat diese aus allgemeinen Erwägungen erschlossene Annahme.

Was zunächst die von uns postulierte Einheit der Prozeßobligation für die alte Partei und den Prozeßnachfolger (Kognitor oder Dominus) anbelangt, so ergibt sich dieselbe aus fr. 27, 1 und 27 pr. D (3, 3).

Fr. 27, 1 Ulpian l. 9 ad edict. lautet:

Si ex parte actoris litis translatio fiat, dicimus committi iudicatum solvi stipulationem a reo factam,

idque et Neratius probat et Iulianus et hoc iure utimur: scilicet si dominus satis accepit. Sed et si cognitor (D: procurator[1]) *satis accepit et transferatur iudicium in dominum: verius est committi et ex stipulatu actionem a cognitore* (D: procuratore[1]) *in dominum transferri.*

Sed et si a domino vel a cognitore (D: procuratore[1]) *in cognitorem* (D: procuratorem[1]) *iudicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. et haec vera sunt.*

Et licet cognitori (D: procuratori[1]) *commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.*[2])

Der kurze Sinn dieser etwas langatmigen Ausführungen Ulpians[3]) ist, daß bei Prozeßtranslation auf der Klägerseite (vom Kognitor auf den Dominus beziehungsweise umgekehrt) eine vom Beklagten geleistete

---

[1]) Lenel, Pal. zu Ulpian fr. 317 N. 3, 4, 5, 7.

[2]) Vgl. zur Stelle auch fr. 28 D (3, 3), fr. 16 pr. D (2, 14), fr. 10 D (3, 4).

[3]) Herr Professor Mitteis macht mich aufmerksam, daß der Schlußsatz der Stelle von *et licet* an mit Rücksicht auf das *directa penitus tollenda* der Interpolation verdächtig sei. Dies stimmt auch zu Eiseles, Z. R. G. 20 S. 23, 24 Beobachtung, daß es der justinianische Stil liebt, gesetzliche Dispositionen insbesondere am Schlusse einer Bestimmung in Form des ablativus absolutus anzufügen. Außerdem ist zu erwägen, daß der beanstandete Satz inhaltlich ganz überflüssig ist. Er besagt ganz dasselbe, was Ulpian schon im ersten Absatz der Stelle ausgeführt hat, daß nämlich die Stipulation dem Kognitor verfällt, jedoch mittels *actio utilis* auf den Dominus übertragen wird.

cautio iudicatum solvi[1]) dem Prinzipal zugute komme. Dies sei selbstverständlich, wenn dem Dominus selbst promittiert worden sei. Habe hingegen der Kognitor die Kaution empfangen, so verfalle sie zwar diesem, werde aber dem Prinzipal durch eine *actio utilis* nutzbar gemacht.[2])

Wichtig für uns ist jedoch die Feststellung, daß trotz erfolgter *translatio iudicii* die vom Beklagten geleistete *cautio iudicatum solvi* nicht erlischt. Darin liegt ein deutlicher Hinweis auf die Identität der Prozeßobligation vor und nach der Prozeßtranslation. Eine dem Prokurator vom Beklagten geleistete *cautio iudicatum solvi* müßte, wenn der Prozeß vom Prokurator auf den Prinzipal transferiert wird, erlöschen, weil *alia res* vorliegt,[3]) genauer gesagt: der Beklagte müßte dem Dominus neuerdings Kaution stellen und seine Verpflichtung aus der Kaution gegenüber dem Prokurator würde mit Aufhebung des ersten Prozesses durch prätorisches *iudicare vetare* erlöschen.[4])

Noch deutlicher spricht fr. 27 pr. D (3, 3) Ulp. l. 9 ad. ed.:

> *In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a cognitore* (D: procuratore[5]) *iudi-*

[1]) Gai. IV 89, 102.

[2]) Vgl. auch Bas. VIII 2, 27 und die Scholien von Stephanus und Cyrillus zu der Stelle. (Heimbach, I S. 364.)

[3]) Vgl. oben S. 57.

[4]) Vgl. oben S. 58 ff.

[5]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 315 N. 4, 5.

cium permittatur, si quis omnia iudicii ab eo transferre paratus sit. Ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, iuste cognitor (D: procurator[1]) *hanc inconstantiam recusabit.*

Eisele[2]) will mit den Handschriften F^2 und S *omnia iudicia* lesen. Ich möchte dem gegenüber an der durch F^1 gegebenen und durch die Basiliken[3]) bestätigten Lesung *omnia iudicii* festhalten und die *omnia iudicii* auf die Prozeßkautionen, vor allem auf die *sponsio* und *restipulatio tertiae* und *dimidiae partis* beziehen.[4]) Demnach kann der Kognitor der *translatio iudicii* auf den Dominus widersprechen, wenn dieser ihm nicht seine Verpflichtungen aus der *sponsio* (als Beklagter) beziehungsweise der *restipulatio* (als Kläger) abnimmt. Daraus folgt, daß die kognitorische Translation an sich die Haftung des Kognitors aus der Stipulation nicht aufhebt und die Erklärung für diese Erscheinung kann wiederum nur darin gefunden werden, daß die *translatio iudicii* die Identität der Prozeßobligation unberührt läßt. Der Übergang dieser aus der *sponsio* und *restipulatio* fließenden wechselseitigen

---

[1]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 315 N. 4, 5.

[2]) Kognitur S. 175.

[3]) Bas. VIII 2, 27: *Ἄκοντος δὲ τοῦ ἐντολέως οὐκ ὀφείλει τινὰ τῆς δίκης μεταφέρειν, ἀλλὰ πάντα.*

[4]) Die *sponsio* und *restipulatio tertiae partis* bei der *actio certae creditae pecuniae*, *dimidiae partis* bei der *actio de pecunia constituta*. Vgl. Girard, Manuel[3] S. 487, 600; Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 318, Gai. IV 171, 180. An die *cautio iudicatum solvi* ist nicht zu denken, da diese vom Prinzipal für den Kognitor bestellt wird.

Berechtigungen und Verpflichtungen auf den Dominus mußte durch Delegation beziehungsweise Expromission bewirkt werden. Dazu war natürlich Mitwirkung sowohl des aus dem Prozesse tretenden Kognitors wie der Gegenpartei erforderlich. Man kann nur fragen, warum der Prätor hier nicht auf die in fr. 27, 1 cit. beschriebene Weise eingriff, d. h. durch Denegation einerseits und durch Gewährung einer *actio utilis* anderseits. Der Grund mag wohl darin zu suchen sein, daß es wohl zulässig schien, z. B. dem beklagten Kognitor die Klage aus der *sponsio* zu denegieren und dem Prinzipal als *utilis* zu geben, nicht aber umgekehrt der Gegenpartei die Klage aus der *restipulatio* zu verweigern und ihr dafür eine *actio utilis* gegen den Prinzipal zu oktroyieren.

Die vorstehenden Ausführungen haben zum Ergebnis geführt, daß die kognitorische Prozeßtranslation die Einheit der Prozeßobligation nicht antastete.[1])

---

[1]) Daß die kognitorische Translation kein *novum iudicium* bewirke, kann auch daraus erschlossen werden, daß es sonst der Kläger, dessen Prozeß der Verjährung nahe war, in der Hand gehabt hätte, durch *translatio iudicii* auf einen Kognitor die Verjährungsfrist zu verlängern. Vgl. oben S. 24 ff. Denn auf diesen Punkt kann sich die der *translatio* vorangehende prätorische *causae cognitio* nicht bezogen haben. Das traf nun allerdings auch bei der prokuratorischen Translation zu. Doch konnte hier der Gegner durch einfache Weigerung, mit der Translationsformel die Streitbefestigung zu vollziehen, die Prozeßtranslation verhindern. Vgl. oben S. 65 ff. Anders lag die Sache bei der kognitorischen Translation, da hier der Gegner, wie ich später nachzuweisen hoffe, zur Translation gezwungen werden konnte. Es mag bei dieser Gelegenheit auch be-

Daraus folgt aber, daß unmöglich eine „wiederholte" Litiskontestation die Basis des *translatum iudicium* gebildet haben konnte. Damit ist indes wohl vereinbarlich, daß die Durchführung der kognitorischen Translation irgendwelche Mitwirkung sämtlicher beteiligter

---

merkt werden, daß die ältere Jurisprudenz einer Restitution gegen die Prozeßverjährung, welche die prokuratorische Translation der Sache nach stets bewirkte, sehr abgeneigt war und daß darin auch eine der Ursachen des seltenen Vorkommens der prokuratorischen Translation gesucht werden mag. Dies scheint mir aus fr. 18, 4 D (4, 3) Paul. l. 11 ad ed. hervorzugehen: *Dolo cuius effectum est, ut lis anno et sex mensibus* (D: temporibus legitimis, Lenel, Pal. zu Paul. fr. 209 N. 2) *transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.* Demnach gibt Trebatius gegen den Beklagten, der dolos die Prozeßverjährung einer dinglichen Klage herbeigeführt hatte, eine *actio doli* ohne Restitutionsklausel. (D (4, 3) 18 pr. Girard, Manuel[3] S. 419.) Denn anderenfalls würde der Kläger auf Grund der *actio doli* dasselbe erreichen wie mit der *actio in rem*. Darin läge aber eine Umgehung der *lex Iulia*. So die m. E. zutreffende Erklärung Kellers, Litiskontestation S. 148 ff. Vgl. jedoch Bekker, Konsumtion S. 27. Es ist klar, daß Trebatius, der schon in der Erzielung des materiellen Restitutionseffektes durch die *actio doli* eine Umgehung der *lex Iulia* erblickte, um so mehr die direkte Restitution perhorresziert haben mußte. Die späteren Juristen dachten allerdings anders. Vgl. D (4, 1) 7, 1 Marcellus und dazu Keller, a. a. O. S. 152 N. 11; Savigny, System VII S. 204; Bekker, Aktionen II S. 84 N. 25; Burchardi, Wiedereinsetzung S. 377, 378; Spaltenstein, Wiedereinsetzung S. 149 ff.; Windscheid-Kipp, Pand.[8] I S. 517 N. 6; Girard, Manuel[3] S. 418 N. 1.

Personen erforderte. Ob und inwieweit dies der Fall war, soll die folgende Untersuchung lehren. Hiebei wird es jedoch notwendig sein, auf die einzelnen möglichen Translationsfälle des näheren einzugehen. Eine solche kasuistische Untersuchung wird es auch ermöglichen, ein anschauliches Bild über das Translationsverfahren sowie über die praktische Bedeutung der kognitorischen Translation zu gewinnen.

Das Begehren um *translatio iudicii* kann vom Prinzipal oder vom Kognitor ausgehen und außerdem vom Kläger oder vom Beklagten. Es kann sich hiebei um Translation vom Dominus auf den Kognitor oder umgekehrt oder endlich von einem Kognitor auf einen anderen handeln.

Ich greife von den hier als möglich bezeichneten Fällen zunächst diejenigen heraus, welche in den Quellen selbst Erwähnung finden und beginne mit der Besprechung von fr. 46 pr. D (3, 3) Gaius l. 3 ad ed. prov., weil diese Stelle auch Wlassak[1]) für seine Auffassung der Prozeßtranslation verwertet hat. Das Fragment lautet:

> *Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet cognitorem* (D: procuratorem[2]) *dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro iudicatum solvi satisdatione cavere.*[3])

---

[1]) Kognitur S. 41.

[2]) Lenel, Pal. zu Gai. fr. 80 N. 2; Bethmann-Hollweg, Versuche S. 238 N. 56.

[3]) Textkritisch ist die Stelle keineswegs unanfechtbar. *Audiri debet sollemniterque pro iudicatum solvi satisdatione cavere* hat Gaius

Die Stelle bezieht sich auf den Fall einer *translatio iudicii* vom beklagten Dominus auf einen Kognitor. Anwesenheit des ersteren *in iure* war unbedingt erforderlich. Denn er ist es, der das Translationsbegehren stellt und eine *iusta causa translationis* dem Prätor glaubhaft zu machen hat. Desgleichen mußte auch die Gegenpartei, der Kläger, vor dem Prätor erscheinen, da ihre Mitwirkung zur Bestellung der *cautio iudicatum solvi*, die der Dominus für den Kognitor leistete, erforderlich war. Auch erfolgte wohl die *cognitoris datio* in einem solchen Falle immer erst *in iure*.[1])

---

kaum geschrieben. Lenel, a. a. O. N. 3 ändert in *audiri debere scripsit*. Ich vermute, daß die Kompilatoren das Fragment stark gekürzt und in dem beanstandeten Satz nur das Ergebnis längerer Ausführungen Gaius', vermutlich auch über die prätorische *causae cognitio*, resumiert haben. Zu solchen Kürzungen hatten die Kompilatoren um so mehr Anlaß, als die Translationslehre schon durch die umfangreicheren Exzerpte aus Ulpian genügend berücksichtigt schien. Über Kürzungen der Fragmente durch die Kompilatoren vgl. Jörs, röm. Rechtswissenschaft S. 11 ff. und die daselbst angeführten Beispiele. Sachlich ist der Inhalt des Fragmentes nicht zu beanstanden.

[1]) Vgl. Wlassak, Kognitur S. 29. Sonst konnte die *cognitoris datio* wohl auch außergerichtlich erfolgen. So Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 418; Keller Z. P. § 52; Rudorff, R. G. II S. 70 N. 15. Bülow, Prozeßeinreden S. 58 N. 16 nimmt an, daß die Bestellung des Kognitors gewöhnlich erst vor Gericht vor sich ging. Vgl. auch Karlowa, Z. P. der Legisaktionen S. 359. Gerichtliche *datio cognitoris* behaupten Zimmern, Z. P. S. 469. Debray, la représentation en justice par le cognitor (Pariser Doktorthese, 1892) S. 106, 107. Vgl. auch Wach bei Keller N. 614. Die Beweis-

Inwieferne ist aber an dem Translationsvorgange der Kognitor beteiligt? Die *datio cognitoris* kann nach dem ausdrücklichen Zeugnisse von Gaius IV 83:

> *nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris,*[1])

auch in dessen Abwesenheit erfolgen.[2]) Ich glaube demungeachtet behaupten zu dürfen, daß der Kognitor im Translationstermin zugegen sein und vor dem Prätor

---

stelle der Letztgenannten interpret. zu C. Th. (2, 12) 7: *Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit* ist jedoch für die klassische Zeit kaum verwertbar.

[1]) Vgl. dazu D (3, 3) 1, 3 Ulpian und fr. 2 pr. eod. Paul. Über die Interpolation *procurator* für *cognitor* vgl. Lenel, Pal. zu Paul. fr. 163. Vgl. ferner Leist, Art. Cognitor in Pauly-Wissowa.

[2]) Allerdings berichten Isidor. differr. I 123: *Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur* und Festus: (Bruns, fontes[6] II S. 5) *Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram ab eo, cui datus est.* (Mommsen bei Bruns, l. c. N. 5 will emendieren: *coram eo a quo datus est.*) Doch stehen diesen Zeugnissen Gaius cit. und Paul. l. 8 ad ed. D (3, 3) 2 pr.: *(Dari cognitor et absens potest), dummodo certus sit qui datus intellegitur et is ratum habuerit* gegenüber. Gegen letztere kann Isidor und die verderbte Stelle bei Festus nicht aufkommen. Vgl. Wlassak, Kognitur S. 31; Rudorff, R. G. II S. 70 N. 15. Eisele, Kognitur S. 221, 222 will den Bericht bei Isidor daraus erklären, daß nach dem in c. 3 C. Th. (2, 12) überlieferten Reformgesetz von Gratian, Valentinian und Theodosius aus dem Jahre 382 die Kognitorbestellung vor dem Prozeßrichter in Gegenwart jenes üblich wurde.

seine Zustimmung[1]) zur erfolgten *cognitoris datio*[2]) erklären mußte. Der Prätor mußte sich doch, bevor er die Translation bewilligte, vergewissern, ob der Kognitor die Vollmacht angenommen hatte. Anderenfalls konnte die ganze *translatio iudicii* vergebens sein, wenn der Kognitor nachträglich die Übernahme der Kognitur verweigerte.

Eine weitere nicht unwichtige Frage ist es, ob der Kläger zur *translatio iudicii* gezwungen werden konnte, wenn der Prätor eine *iusta causa translationis* seitens

[1]) Gaius IV 83 bezeichnet dies als *cognoscere et suscipere officium cognitoris*, Paulus in fr. 2 pr. D (3, 3) als *ratum habere*.

[2]) Bei dieser Gelegenheit mag die Frage aufgeworfen werden, welcher der von Gaius IV 83 überlieferten Bestellungsformeln sich die Parteien im Falle einer *translatio iudicii* auf einen Kognitor bedienten. Sicherlich war das zweite Gaianische Formelpaar: *quod ego tecum agere volo, quia tu mecum agere vis* unanwendbar. Denn es war schon „*actum*" und eine neuerliche Litiskontestation war ausgeschlossen. Es bleibt also nur die Wahl zwischen dem ersten Formelpaar und der Annahme einer besonderen Formel, von der Gaius nichts berichtet. M. E. konnte man mit dem ersten Formelpaar ganz gut das Auslangen finden. Also: *fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do* und *quia tu a me fundum petis. Petere* bedeutet allerdings, wie Wlassak, Kognitur S. 12 ff. nachgewiesen hat, technisch die Tätigkeit der Parteien bei der Litiskontestation. Doch steht der Annahme einer weiteren Bedeutung von *petere*, die auch das Verfahren *in iudicio* umfaßt, wohl nichts im Wege. Vgl. allerdings Wlassak, a. a. O. S. 26. Dasselbe gilt ja auch bezüglich des parallelen *agere*, wie Wlassak, a. a. O. S. 10 selbst anerkennt. Vgl. übrigens auch Eisele, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 102 ff., ferner D (46, 8) 15 und dazu Wlassak, P. G. II S. 33 N. 16, L. K. S. 42, Kognitur S. 14; Eisele, Kognitur S. 30. Beiträge S. 151 ff.; Schott, Rechtsschutz S. 56, 57.

des Antragstellers für genügend dargetan erachtete. Ich habe diese Frage gelegentlich der Darstellung der prokuratorischen Translation[1]) verneinen zu müssen geglaubt. Mit gleichem Rechte glaube ich sie hier bejahen zu dürfen.

Eine Vereitelung der Translation bei vorhandener Translationscausa seitens des Klägers, die ja schon dadurch möglich war, daß der Kläger sich weigerte, *cautio iudicatum solvi* zu empfangen, mußte mit Recht als Chikane betrachtet werden. Die rechtliche Situation des Klägers wurde durch die *translatio iudicii* nicht im mindesten geändert. Die Prozeßobligation blieb dieselbe, ebensowenig erhielt der Kläger in dem Kognitor als Prozeßnachfolger einen neuen Schuldner, da er immer noch die *actio iudicati* gegen den Prinzipal behielt. Die Möglichkeit, daß der Kognitor *in rem suam* war, kam kaum in Betracht.[2]) Außerdem war ja der Kläger für diese Eventualität durch die *cautio*

---

[1]) Vgl. oben S. 65 ff.

[2]) Denn der Prätor bewilligte die *translatio* nur auf Grund vorhergehender *causae cognitio*. Daß aber jemand als *cognitor in rem suam* den Prozeß zu übernehmen sich bereit erklärte, war an sich kein Translationsgrund. Damit ist zugleich die Frage beantwortet, ob und inwieweit eine Zession beziehungsweise Übernahme des rechtshängigen Schuldverhältnisses möglich war. Von einem dem Veräußerungsverbot der *res litigiosa* entsprechenden Zessionsverbot der *actio litigiosa* wissen wir vor Justinian nichts. Vgl. Dernburg, Pand. I § 155 N. 2; Windscheid-Kipp, Pand.[9] I § 125 N. 3. Es war auch gar nicht nötig. Infolge des Konsumtionsprinzipes war die Zession der rechtshängigen Forderung nur im Wege der *translatio iudicii* auf einen *procurator* oder *cognitor in rem suam* durchführbar. Letztere erforderte aber wiederum eine besondere Translationscausa.

iudicatum solvi genügend sichergestellt. Der Kläger konnte daher in aller Regel einen berücksichtigungswerten Grund, der Prozeßtranslation zu widerstreben,[1]) nicht haben und es war vollauf gerechtfertigt, wenn der Prätor gegen den widerspenstigen Kläger Zwangsmittel zur Anwendung brachte. Ein solches sehr wirksames Zwangsmittel bot sich in der Androhung der Sistierung des Prozesses.[2]) Der Kläger war auf diese Weise vor die Alternative gestellt, entweder die zur *translatio iudicii* erforderliche Mitwirkung zu prästieren oder auf die Rechtsverfolgung zu verzichten.

Mit der *datio cognitoris*, der Bestellung der *cautio iudicatum solvi* und dem *suscipere officium* seitens des Kognitors war m. E. die zur Bewirkung der *translatio iudicii* erforderliche Parteitätigkeit erschöpft. Alles übrige war Sache des Prätors, der, wenn er eine Translationscausa für gegeben erachtete, die Translationsformel[3]) ausfertigte, sie den Parteien behändigte und wohl auch ein Exemplar derselben nebst einem Translationsdekret,[4])

---

[1]) Ganz anders lagen die Verhältnisse bei der prokuratorischen Translation. Vgl. oben S. 66 ff.

[2]) Mittels Prozeßhemmungsdekret. Vgl. oben S. 62 N. 3. Eventuell konnte der Prätor auch Niederschlagung des Verfahrens *(iudicare vetare)* in Aussicht stellen.

[3]) Als *formula* mit subjektiver Umstellung, deren *condemnatio* auf den Kognitor lautete.

[4]) Es wäre dies ein Analogon zum *iussus iudicandi*. Die Notwendigkeit eines solchen Translationsdekretes scheint mir daraus sich zu ergeben, daß der Geschworene über die *translatio iudicii* doch in irgend welcher Weise informiert werden mußte. Zustellung lediglich der Translationsformel dürfte kaum genügt haben.

das den Geschworenen über den Translationsvorgang Aufklärung gab, demselben zustellen ließ.

Mit diesen Aufstellungen befinde ich mich allerdings im Widerspruch mit Wlassaks Translationslehre. Wlassak[1]) fordert zur Perfektion der *translatio iudicii* eine neue Streitbefestigung zwischen der bisherigen Partei und dem Prozeßnachfolger, d. h. in unserem Fall zwischen Kläger und Kognitor. Die Translation ist ihm ebenso Parteiakt wie die Litiskontestation selbst.

Dem gegenüber scheint mir zunächst soviel sicher, daß die bei der kognitorischen Translation festgehaltene Einheit des Prozeßverhältnisses eine zweite Litiskontestation unbedingt ausschloß. Wenn man daher das von Wlassak behauptete abermalige Geben und Nehmen der Streiturkunde seitens der bisherigen Partei und des Prozeßnachfolgers überhaupt halten will, so kann man darin nur einen prozessualen Translationsvertrag sui generis erblicken, der eben die Identität der Prozeßobligation unangetastet läßt. Ich will den hier aufgestellten Begriff keineswegs a limine ablehnen, um so weniger, als ich ihn in der Folge selbst mehrfach zu verwerten Gelegenheit haben werde. Geben jedoch für die hieher gehörigen[2]) Fälle die Quellen irgendwelchen Anlaß zur Annahme eines solchen Trans-

---

[1]) Kognitur, S. 42.

[2]) Die von Wlassak, a. a. O. S. 42 N. 13 angeführte Stelle D (10, 2) 48, die allerdings sehr beweisend wäre, bezieht sich auf die Erbentranslation und kann daher hier nicht verwertet werden. Vgl. darüber unten Kap. 3.

lationsvertrages? Wlassak beruft sich darauf, daß in den Quellen die Translation als Parteiakt erscheine. Ich bemerke jedoch, daß unmittelbar nur solche Stellen für Wlassak beweisen können, in denen die *translatio iudicii* als Parteiakt des Gegners des Translationswerbers erscheint. Hier vermag Wlassak allerdings eine Stelle beizubringen. Es ist dies das hier ex professo behandelte fr. 46 pr.: *si vellet cognitorem dare, **in quem actor transferat iudicium.***

Doch ist es sehr wohl möglich, daß Gaius gerade mit Rücksicht auf die zur Bestellung der *cautio iudicatum solvi* erforderliche Mitwirkung des Prozeßgegners das Moment der Parteitätigkeit schärfer hervorhob.[1]) Auch ist die Stelle von den Kompilatoren schwerlich unberührt geblieben,[2]) so daß es immerhin einigen Bedenken unterliegt, aus der Terminologie derselben Schlüsse zu ziehen.

Allein ganz abgesehen davon, gibt es genug andere Stellen, die gegen Wlassak sprechen. Man vergleiche z. B. fr. 17 pr. D (h. t.) Ulpian l. 9 ad ed.:

> *Post litem autem contestatam reus qui cognitorem* (D: procuratorem[3]) *dedit **mutare quidem eum vel in se litem transferre** .... potest, causa tamen prius cognita.*

Hier erscheint das *litem transferre* durchaus als einseitiger Parteiakt des Translationswerbers. Daß gerade

---

[1]) Das gilt sicher von fr. 27 pr. D (h. t.), auf das sich Wlassak gleichfalls beruft. Wie ich bereits oben S. 76, 77 hervorgehoben habe, bezieht sich das vom Dominus geforderte *transferre* der *omnia iudicii* auf die Übernahme der Prozeßstipulationen.

[2]) Vgl. oben S. 79 N. 3.

[3]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 313 N. 1.

seine Tätigkeit besonders hervortritt und nicht die des Prätors, der die Translation durch entsprechende Formeländerung vollzieht, ist begreiflich genug, da doch der Grund des ganzen Translationsvorganges der Widerruf der kognitorischen Vollmacht seitens des Dominus war.

Ebenso Vat. fr. 341, man mag nun mit Krüger, Rudorff, Huschke[1]) *ei qui cogni[torem dedit causa cognita* ***permittam iudicium transfer]re*** oder mit Lenel[1]) *ei qui cogni[torem dederit causa cognita permittam eum abdicare vel muta]re* lesen.

Deutlicher tritt der Prätor als derjenige, welcher die *translatio* vollzieht, entgegen in folgenden Stellen:

D (h. t.) 24 Paul. l. 8 ad ed.:

[cognitor] ***mutari debebit*** *vel ipso cognitore* (D: procuratore[2]) ***postulante.***

Der Prätor vollzieht die *translatio* auf Antrag des Kognitors *(postulante cognitore).*

D (h. t.) 25 i. f. Ulp. l. 9 ad ed.:

item si retentione aliqua cognitor (D: procurator[3]) *uti velit,* ***non facile ab eo lis erit transferenda.***

Fragen wir endlich, ob es vielleicht Erwägungen praktischer Natur zu rechtfertigen vermögen, dem Prozeßgegner die von Wlassak geforderte so weitgehende Einflußnahme auf die Durchführung der kognitorischen Translation einzuräumen, so ist auch diese Frage m. E. zu verneinen. Gelegentlich der Darstellung der prokura-

[1]) Vgl. oben S. 40 N. 1, S. 41 N. 1.

[2]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 176 N. 2.

[3]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 314 N. 4.

torischen Translation wurde betont, daß dieselbe ohne Zustimmung des Prozeßgegners unmöglich war, weil sie für denselben neuen Prozeß, somit eine ganz andere Rechtsposition schuf. Eine solche sich oktroyieren zu lassen, konnte man dem Gegner billigerweise nicht zumuten. Bei der kognitorischen Translation bleibt hingegen alles beim alten. Es ist derselbe Prozeß, den der eintretende Kognitor oder Dominus weiterführt, dieselbe Prozeßobligation. Allerdings bemerkt Wlassak zu dem in fr. 46 pr. cit. behandelten Falle, daß man dem Kläger doch unmöglich einen neuen Gegner in der Person des Kognitors aufdrängen konnte, auch nicht mit Kaution der alten Partei. In der Tat war aber dies gar nicht der Fall. Der Kläger stand für den Rest des Verfahrens *in iudicio* dem Kognitor gegenüber. Das war aber auch die einzige Änderung. Den Prinzipal, seinen bisherigen Prozeßgegner, behielt er als Verpflichteten, da er die *actio iudicati* gegen diesen hatte.[1]) Und wenn Wlassak schließlich einwendet, es sei ganz unwahrscheinlich, daß die Prozeßobligation anders behandelt wurde als die privatrechtliche, deren Übergang noch zu Gaius' Zeiten nur durch Novation vermittelt werden konnte, so ist darauf zu erwidern, daß eben die Bewahrung der Einheit des Prozeßverhältnisses durch die kognitorische Translation zeigt, daß sich hier der Übergang der Prozeßobligation in anderer Weise vollzog als der der privatrechtlichen.

[1]) Von dem überaus seltenen Fall, daß der Kognitor *in rem suam* war, kann man füglich absehen. Vgl. oben S. 83 N. 2.

Die hier vertretene Auffassung der kognitorischen Translation als eines auf Antrag erfolgenden prätorischen Prozeßaktes gewinnt noch mehr an Wahrscheinlichkeit, wenn wir die Fälle der Translation vom Kognitor auf den Dominus betrachten.

Wozu die Translation von einem Willensakt des Gegners abhängig machen, wenn dadurch nur jene Sachlage geschaffen wurde, die der Natur der Sache entsprach, d. h. wenn der eigentlich Verpflichtete und Berechtigte, der Prinzipal, den Prozeß weiter und zu Ende führte?

Auf den Fall der *translatio iudicii* vom Kognitor auf den Prinzipal bezieht sich, abgesehen von dem bereits erläuterten fr. 27, fr. 25 D (h. t.) Ulp. l. 9 ad edict.:

> *Quae omnia*[1]) *non solum ex parte rei, sed etiam in persona actoris observabuntur, sed si adversarius vel ipse cognitor* (D: procurator[2]) *dicat dominum mentiri, apud praetorem haec finiri oportet nec ferendus est cognitor* (D: procurator[2]) *qui sibi adserit cognituram* (D: procurationem[2]): *nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito. nisi forte purgare magis convicium quam cognituram* (D: procurationem[2]) *exequi maluit. et hactenus erit audiendus, si dicat se cognitura* (D: procuratione[2]) *quidem carere velle, sed si id inlaesa existimatione sua fiat: ceterum ferendus erit pudorem suum purgans. plane si dicat in rem suam se cognitorem* (D: procuratorem[2]) *datum*

[1]) D. h. die in fr. 17, 2 bis 24 besprochenen Translationsgründe.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 314 (S. 449 N. 4, 7, S. 450 N. 1 bis 4).

et hoc probaverit, non debet carere propria lite. item si retentione aliqua cognitor (D: procurator[1]) *uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda.*

Ulpian erwähnt der Anwesenheit sowohl des Prozeßgegners wie des Kognitors im Translationstermin. Doch ist es gewiß unstatthaft, daraus zu schließen, daß Präsenz dieser Personen ein rechtliches Erfordernis der *translatio iudicii* gebildet habe, daß also dieselbe erst auf Grund einer kontradiktorischen Verhandlung erfolgen konnte. Bezüglich des Kognitors ergeben die fr. 19, 20, 21 D (h. t.), daß die Translationsverhandlung auch in seiner Abwesenheit durchgeführt werden konnte[2]) und dasselbe gilt wohl auch bezüglich des Prozeßgegners. Es kam alles auf die konkrete Gestaltung des einzelnen Falles an. Vgl. D (h. t.) 13 Ulpian l. 8 ad ed.: *Sed haec neque passim admittenda sunt neque destricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda.*

In der Regel mochte der Prätor wohl die Translation von der vorhergehenden Einvernahme des Kognitors abhängig machen, manchmal mochte es sich empfehlen auch den Gegner zu hören. Dabei ist nicht zu übersehen, daß in manchen Fällen Präsenz des Gegners erforderlich war, so namentlich dann, wenn es sich um die Übernahme von Prozeßkautionen seitens des Dominus

[1]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 314 N. 4.

[2]) Eine *translatio iudicii* auf den Prinzipal mußte stattfinden, wenn der Kognitor *in vinculis aut in hostium praedonumve potestate* (fr. 19) war oder *iudicio publico privatove vel valetudine vel maiore re sua distringatur* (fr. 20) *vel exilio, vel si latitet* (fr. 21).

handelte, die nur mittels novatorischer Stipulation erfolgen konnte und daher Mitwirkung des Gegners erheischte.[1]) Man mag vielleicht für das ältere Recht das Erfordernis der Präsenz des Gegners daraus ableiten, daß der Widerruf der kognitorischen Vollmacht nur durch einen der *cognitoris datio* konträren, sollennen Akt, der an den Prozeßgegner zu richten war, erfolgen konnte.[2]) Denn der Widerruf der Vollmacht mußte wohl wie die *cognitoris datio in iure* erfolgen, wenn der Prätor die Translation bewilligen sollte. Trotzdem wäre es aber auch möglich, daß die Änderung der Formel durch den Prätor den feierlichen Widerruf ersetzte. Dem Gegner konnte es füglich gleichgiltig sein, ob zum nächsten Termin vor dem *iudex* der Kognitor oder der Dominus erschien. Möglich, daß er durch Zustellung eines Exemplars der abgeänderten Formel von der erfolgten Translation verständigt wurde. Über Vermutungen kommt man indessen nicht hinaus.[3])

---

[1]) Vgl. fr. 27 pr. und oben S. 76 ff.

[2]) Diese Vermutung Eiseles, Kognitur S. 53 ist mir sehr wahrscheinlich. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 418; Debray, Cognitor S. 122. Allein schon zu Iulians Zeiten genügte formloser Widerruf. D (46, 7) 7 Gaius l. 27 ad ed. prov.: *Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit cognitor* (D: procurator, Lenel, Pal. zu Gai. fr. 363 N. 3) *a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? et nihil aliud dici potest quam committi. quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Iulianus non putat stipulationem committi* rell.

[3]) Auch dann nicht, wenn man mit Huschke, iurisprud. anteiust. fr. Vat. 341 annehmen sollte, daß dieser sollenne Widerruf

Wichtiger als all dieses, weil bedeutungsvoll für die juristische Konstruktion der kognitorischen Translation und der Kognitur überhaupt, ist die Frage, ob und inwieferne dem Kognitor ein Widerspruchsrecht gegen die *translatio iudicii* zustehe. Das eben zitierte fr. 25 gibt mit aller wünschenswerten Deutlichkeit die Antwort auf diese Frage. Demnach kann der Kognitor gegen das Translationsbegehren des Prinzipals Widerspruch erheben, insoferne in demselben der unbegründete Vorwurf fraudulöser Prozeßführung des Vertreters liegt. Er kann in diesem Falle vom Prinzipal eine Ehrenerklärung verlangen, damit er *inlaesa existimatione sua* aus dem Prozeß ausscheide. Einen anderen Fall eines Widerspruchsrechtes des Kognitors erwähnt das bereits besprochene fr. 27 pr. Der Kognitor kann die Translation verweigern, wenn ihm der Prinzipal nicht die Verpflichtungen aus den Prozeßkautionen abnimmt. Ferner berichtet Ulpian (fr. 25 cit.): *item si retentione aliqua cognitor uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda.* Dazu fr. 26 (h. t.) Paul. l. 8 ad ed.: *nisi dominus ei solvere paratus sit.*

Ich beziehe dieses „Retentionsrecht" [1]) des Kognitors auf seinen Prozeßkostenersatzanspruch.[2]) Dasselbe Retentionsrecht ist uns auch für die *actio iudicati* bezeugt.

---

der kognitorischen Vollmacht *abdicare cognitorem* geheißen habe, ein Terminus, der gerade für den Widerruf der Vollmacht gelegentlich der *translatio iudicii* auf den Prinzipal verwendet wird.

[1]) Dasselbe ist natürlich nur für den klägerischen Kognitor praktisch.

[2]) Vgl. auch C. Th. (2, 12) 7.

D (3, 3) 30 Paul. l. 1 sent.:

Actoris cognitor (D: procurator[1]) *non in rem suam datus propter inpensas quas in litem fecit potest desiderare, ut sibi ex iudicati actione*[2]) *satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.*[3])

Es ist jedoch zu beachten, daß nach Paulus der Kognitor für seinen Prozeßkostenersatzanspruch Deckung in der *actio iudicati* nur dann suchen darf, wenn der Prinzipal insolvent ist. Anderenfalls ist er offenbar auf die *actio mandati contraria* verwiesen. Ulpian aber billigt dem Kognitor dieses Retentionsrecht unter allen Umständen zu. Vielleicht erklärt sich mit Rücksicht auf diesen Widerspruch die zweifelnde Ausdrucksweise Ulpians: *non facile ab eo lis erit transferenda.*

---

[1]) Eisele, Kognitur S. 71 N. 46 Z. 1.

[2]) So ist wohl mit F^3 und S gegenüber F^1 zu lesen. Vgl. auch Eisele, l. c.

[3]) Die Befriedigung des Kognitors aus der *actio iudicati* erfolgte wohl in der Weise, daß der Prätor dieselbe teilte, indem er sie dem Kognitor bis zum Betrage der liquidierten Prozeßkosten gewährte, für den Rest aber dem Dominus beließ. Vgl. Wenger, actio iudicati S. 74; Appleton, histoire de la compensation S. 283 ff. Keinesfalls ist daran zu denken, daß dem unterliegenden Gegner der Ersatz der Prozeßkosten aufgebürdet wurde. Vgl. jedoch Waldner, Prozeßkosten S. 7 ff. und dagegen Erman, la restitution des frais de procès im Recueil inaugural der Univ. Lausanne (1892) S. 110, 112 bis 114. Die Überwälzung des Prozeßkostenersatzes auf den unterliegenden Gegner erfolgt erst in der *extraordinaria cognitio* gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, und zwar aus dem Gesichtspunkte einer Prozeßstrafe. Erman, a. a. O. S. 121 ff., vgl. auch Schott, Armenrecht S. 12 N. 29.

Endlich ist die *translatio iudicii* unzulässig, wenn der Kognitor *in rem suam* bestellt ist. Denn „*non debet carere propria lite.*

Überblicken wir die hier angeführten Fälle, in denen dem Kognitor ein Widerspruchsrecht gegen die *translatio iudicii* zukommt, so ergibt sich mit Sicherheit das Eine, daß dem Kognitor ein Recht, im Prozesse zu bleiben, lediglich aus dem Grunde, weil er Kognitor ist,[1]) nicht zusteht. Es bedarf vielmehr eines besonderen Grundes, um ihm einen solchen Anspruch zu verschaffen. Der Kognitor steht in dieser Beziehung im schärfsten Gegensatze zum Prokurator. Den Prokurator wider seinen Willen aus dem Prozesse zu entfernen, ist schlechterdings unmöglich und es ist sehr beachtenswert, daß an einer Stelle[2]) dieser Rechtssatz aus dem *dominium litis* des Prokurators abgeleitet wird. Ich kann daher Wach[3]) nur beistimmen, wenn er hervorhebt, daß der Dominus „die Vollmacht zurückziehen und den Streit wieder selbst übernehmen oder auf einen anderen Kognitor übertragen dürfe, ohne daß dem bisherigen ein Widerspruchsrecht zustehe". Eiseles[4]) Einwand, daß nach Wach die Entfernung des Kognitors aus

---

[1]) Vgl. fr. 25 cit.: *nec ferendus est cognitor qui sibi adserit cognituram: nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito.*

[2]) C (2, 12) 22 Constantin. a⁰. 319: *Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominis effectis il qui mandaverant non habeant facultatem negotia persequendi* rell.

[3]) Bei Keller, Z. P. N. 716a.

[4]) Kognitur, S. 106.

dem Prozesse eine bloße Formalität wäre und sich daher die dazu stets erforderliche *causae cognitio* nicht erklären ließe, ist nicht stichhältig. Die *causae cognitio* erklärt sich vielmehr aus der Erwägung, daß der Prätor sich nicht dazu hergeben konnte, auf einen unmotivierten Widerruf der kognitorischen Vollmacht seitens des Dominus hin die Formel zu ändern und so seine Dienste bloßen Launen der Parteien zur Verfügung zu stellen. Auch ist zu bedenken, daß der Prinzipal in der Regel ohne zureichenden Grund die Vollmacht des Kognitors nicht aufgehoben haben wird.

Es erübrigt jetzt nur mehr, um die Kasuistik zu erschöpfen, die Gestaltung des Translationsverfahrens zu untersuchen, falls der klagende Dominus Translation auf einen Kognitor oder der Kognitor selbst Entlassung aus dem Prozesse begehrte. Was den ersteren Fall betrifft, so war zur Durchführung der *translatio iudicii* sowohl Präsenz des Gegners wie des Kognitors erforderlich. Des Gegners, weil man ihn zur *cognitoris datio* brauchte, des Kognitors, weil er vor dem Prätor sich zur Übernahme der Kognitur bereit erklären mußte. Im einzelnen gilt mutatis mutandis das, was ich oben[1]) bei der Erklärung von fr. 46 pr. D (h. t.) ausgeführt habe. Schwierigkeiten konnten sich nur ergeben, wenn der Gegner nicht im Translationstermin zur *cognitoris datio* erschien. Der Prätor griff dann wohl, wenn er eine *iusta causa translationis* für gegeben erachtete, zur Zwangsladung, um das Erscheinen des Gegners zu

[1]) S. 79 ff.

veranlassen. Daß er ihn als *indefensus* behandelte, halte ich nicht für wahrscheinlich.

Der Kognitor kann endlich selbst Entlassung aus dem Prozesse begehren.[1]) D (h. t.) 24 Paul. l. 8 ad edict.:

[cognitor] mutari debebit vel ipso cognitore (D: procuratore[2]) *postulante.*

Der Prätor wird in diesem Falle wohl in der Regel vorher den Dominus gehört haben, ob dieser den Prozeß selbst übernehmen oder einen anderen Kognitor bestellen wolle. Verweigerte der Prinzipal jede Erklärung oder erschien er unentschuldbarerweise[3]) überhaupt nicht vor dem Prätor, so erfolgte wohl Umschreibung der Formel auf ihn. Es war dann seine Sache, sich um die Weiterführung seines Prozesses zu bekümmern.

* * *

Die *translatio iudicii* auf einen Kognitor konnte sich komplizieren, wenn der Gegner Tatsachen behauptete, welche die Einsetzung einer *exceptio cognitoria*[4]) in die

[1]) Vgl. Wlassak, Kognitur S. 40 N. 10.

[2]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 176 N. 2.

[3]) War der Dominus abwesend, so konnte der Prätor, wenn die Sache nicht dringend war, den Prozeß bis zur Rückkehr des Prinzipals sistieren. Anderenfalls war wohl die Translation zu verweigern. Denn das Interesse des Dominus verlangte in erster Linie Berücksichtigung.

[4]) Über die *exceptio cognitoria* vgl. Bülow, Prozeßeinreden S. 38 ff.; Eisele, Kognitur S. 186 ff.; Wetzell, Z. P.[3] S. 137 ff.; Schultze, Privatrecht und Prozeß I S. 314 ff.; Rümelin, Stellvertretung S. 110 ff.; Debray, Cognitor S. 153 ff.

Formel rechtfertigten. Es konnte sich hiebei selbstverständlich nur um eine *exceptio* mangels Fähigkeit,[1]) sowohl des Kognitors wie des Dominus, handeln und nicht mangels Vollmacht,[2]) da doch der Prinzipal wie der Kognitor *in iure* zugegen waren. Der Prätor konnte eine solche Einwendung entweder selbst *in iure* erledigen — und dies mußte in einer Reihe von Fällen geschehen[3]) — oder sie mittels *exceptio cognitoria* vor den Geschworenen verweisen. Letzteres bedeutete für unseren Fall die Einsetzung einer *exceptio* in die Formel nach der Litiskontestation. Das erforderte jedoch eine *restitutio in integrum.*[4]) Die *translatio iudicii* erfolgte dann natürlich auf Grund einer neuen Litiskontestation. Damit

[1]) Vgl. Lenel, E. P. S. 73 ff. = l'Édit I S. 102 ff.

[2]) Ob es eine *exceptio cognitoria* mangels Vollmacht gegeben habe, ist bekanntlich streitig. Dagegen Bülow, Prozeßeinreden S. 38, dafür Eisele, a. a. O. S. 215 ff. und ihm im wesentlichen folgend Debray, a. a. O. S. 158 ff. Vgl. auch Wlassak, Kognitur S. 23 N. 15. Man wird wohl Eisele zustimmen dürfen. Eisele verweist auf fr. 78, 1 D (3, 3) als eine Belegstelle für die *exceptio cognitoria* mangels Vollmacht. Vielleicht ist auch fr. 28 D (3, 3) Ulp. l. 1 disput.: *quae res facit ut cognitor* (D: procurator, Lenel. Pal. zu Ulp. fr. 33 N. 4) *meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli*: *sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem cognitor* (D: procurator) *factus* auf eine solche zu beziehen.

[3]) Vgl. D (3, 3) 8, 2 und Lenel, E. P. S. 75, 76 = l'Édit I S. 105, 106.

[4]) Gai. IV 125, Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeptionen S. 61. Vgl. auch D (44, 4) 11 pr., D (9, 4) 39, 3, D (12, 6) 23, 3, Wenger, Art. exceptio in Pauly-Wissowa (Separatabdruck S. 7).

stehen wir vor derselben Schwierigkeit wie bei der prokuratorischen Translation.

Konnte man dem Gegner und insbesondere dem Kläger billigerweise zumuten, sich wegen dieser lediglich formalen Exzeption eine *restitutio in integrum* und damit einen neuen Prozeß aufdrängen lassen zu müssen? Ich glaube auch hier diese Frage verneinen zu müssen, und zwar aus denselben Gründen, die ich bereits oben angeführt habe. Es blieb demnach kein anderer Ausweg, als daß der Prätor, falls der Gegner zu einer neuen Litiskontestation sich nicht verstand, über dessen Einwendung selbst erkannte und je nach Ausfall der Entscheidung die Translation vollzog oder das Translationsgesuch abwies. War der Sachverhalt zu kompliziert[1]) und stand nur die Fähigkeit des Kognitors in Frage, so konnte vielleicht der Prätor, ohne erst selbst zu untersuchen, den Dominus auffordern, einen anderen Kognitor zu bestellen. Darin wäre für den Dominus keine allzu große Unbilligkeit gelegen gewesen.

* * *

Es mag hier am Schlusse der Darstellung der kognitorischen Translation am Platze sein, die bisherigen Ergebnisse zusammen zu fassen. Die kognitorische Translation verwirklichte in der Tat die beiden Postulate, die wir eingangs dieses Abschnittes an ein brauchbares Translationsverfahren stellten und welche die prokura-

[1]) Das war allerdings kein Grund, die Sachentscheidung des Prätors auszuschließen. Vgl. Schott, Rechtsschutz S. 118 ff.

torische Translation zu erfüllen nicht imstande war. Sie bewahrte vor allem die Einheit des Streitverhältnisses. Daher entfiel die Notwendigkeit einer zweiten Litiskontestation, welche bei der prokuratorischen Translation den Übergang der Prozeßobligation vermittelte. Die Translation war aber auch infolgedessen — prinzipiell wenigstens[1]) — von der Mitwirkung der Gegenpartei unabhängig. Sie wurde auf Antrag des Translationswerbers vom Prätor vollzogen.

Die prokuratorische Translation beruht auf Mandatsrecht. Der Translationsanspruch ist ein Anspruch ***ex mandato***, gerichtet gegen den Prozeßnachfolger, erzwingbar lediglich mit der *actio mandati*. Seiner rechtlichen Natur nach ist er Liberierungsanspruch, wenn es sich um Translation auf der Beklagtenseite, oder Anspruch auf Ratihabition und Prozeßübernahme, wenn es sich um Translation auf der Klägerseite handelt.

Dem gegenüber ist die kognitorische Translation ganz losgelöst vom Mandatsrecht. Der Translationsanspruch ist ein publizistischer, gerichtet gegen den Prätor.

§ 4.

Die Ausführungen dieses Abschnittes sollen versuchen, zwei Detailfragen zu erledigen, die zwar nur im

---

[1]) Die Beteiligung des Gegners am Translationsverfahren war nur insoferne erforderlich, als man ihn zur Bestellung des Kognitors sowie zur Übernahme etwaiger Prozeßstipulationen benötigte.

mittelbaren Zusammenhang zur Translationslehre stehen, deren Beantwortung aber doch für die juristische Konstruktion der kognitorischen Translation wie der Kognitur überhaupt nicht ohne Bedeutung ist.

Die erste dieser Fragen ist die nach der Substitutionsmacht des Kognitors.[1]) Es wird heute ausnahmslos, und zwar auch von denjenigen, welche dem Kognitor nur ein formelles *dominium litis* zugestehen wollen,[2]) gelehrt, daß der Kognitor nach der Litiskontestation einen Vertreter bestellen könne.[3]) Fragt man nach Beweisen, so wird man auf eine Reihe von Quellenstellen[4]) verwiesen, die von dem Substitutionsrecht des Prokurators nach der Streitbefestigung sprechen. Im übrigen hält man es für selbstverständlich, daß das für den Prokurator bezeugte auch vom Kognitor gelten müsse.

Mir ist die Berechtigung dieses Analogieschlusses sehr zweifelhaft. Zunächst dürfte es wohl einleuchten, daß der Kognitor[5]) sich nicht einen Prokurator substituieren kann. Es scheint mir dies lediglich eine Konsequenz

---

[1]) Die Frage nach der Substitutionsbefugnis des Vertreters ist für das materielle Recht neuestens von Hupka, Die Vollmacht S. 344 ff. behandelt worden.

[2]) So z. B. Wach bei Keller, Z. P. N. 716a.

[3]) Vgl. Eisele, Kognitur S. 108; Debray, Cognitor S. 144; Lenel, l'Édit I S. 109 N. 2 = E. P. S. 77 N. 12.

[4]) D (17, 1) 8, 3, D (49, 1) 4, 5, C (2, 12) 8; 11; 23, C (8, 53) 33, 1, C. Th. (2, 12) 1.

[5]) Der *cognitor in rem suam* hat selbstverständlich auch bezüglich des Substitutionsrechts die Stellung eines Prokurators.

des bekannten Satzes: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.*

Das Substitutionsrecht des Prokurators ist für den Prinzipal ohne Gefahr, da der Prokurator als Kläger das Klagerecht des Dominus nicht konsumiert, anderseits der beklagte Prokurator die Wirkungen des Prozesses erst im Regreßwege *(actio mandati, negotiorum gestorum contraria)* auf den Prinzipal zu übertragen vermag. Die Befugnis des klagenden Kognitors, einen Prokurator zu substituieren, was natürlich nur im Wege der prokuratorischen Translation hätte geschehen können, hätte für den Dominus Verlust des Klagerechts und der *actio iudicati* bedeutet, somit eine Wirkung erzeugt, welche die Streitbefestigung des klagenden beauftragten Prokurators erst nach dem Rechte der severischen Zeit hatte. Für den Kognitor des Beklagten treffen diese Bedenken allerdings nicht zu, da die Substitution eines Defensors seitens des Kognitors den Dominus liberiert hätte. Trotzdem wird man auch hier eine Befugnis des Kognitors, sich einen Prokurator zu substituieren, nicht annehmen können. Die Frage kann nur dahin gestellt werden, ob der Kognitor *durante lite* einen anderen Kognitor bestellen durfte. Die Substitution konnte hier nach den Grundsätzen der kognitorischen Translation erfolgen. Allein es ist zu bedenken, daß dann die Prozeßführung des Substituten ebenso eine *actio iudicati* für und wider den Dominus erzeugt hätte wie die des substituierenden Kognitors, wenn er im Prozesse geblieben wäre und daß es dem Prinzipal nicht gleichgiltig sein konnte, ob der Kog-

nitor als Person seines Vertrauens[1]) oder ein beliebiger anderer, den er vielleicht gar nicht kannte, den Prozeß führte. Mit dieser letzten Erwägung ist die Frage bereits entschieden. Es kommt alles auf den Umfang der kognitorischen Vollmacht an.[2]) Hatte der Prinzipal dem Kognitor Substitutionsrecht eingeräumt und vermochte der Kognitor eine solche Ermächtigung nachzuweisen, so wäre es wenigstens denkbar, daß der Prätor ihm bei vorhandener Translationscausa *translatio iudicii* auf einen anderen Kognitor gestattete. Im Zweifel aber gewährte die Vollmacht dem Kognitor gewiß keine Substitutionsmacht.

Dieses Resultat wird noch gestützt durch folgende Erwägung: Wie bereits bemerkt, kann auch der Kognitor unter Umständen Entlassung aus dem Prozesse begehren. Fr. 24 D (3, 3). Hätte der Kognitor Substitutionsmacht gehabt, so sollten wir, wenn irgendwo, so doch hier den Hinweis erwarten, daß der Kognitor in einem solchen Falle den Prozeß auch auf einen anderen Kognitor übertragen könne. Anstatt dessen sagt Paulus fr. 24 cit. nur: ***mutari debet vel ipso cognitore postulante.***

Nur als Korrelat zum Substitutionsrecht des Kognitors würde es ferner erscheinen, wenn der Prozeß nach seinem Tode auf seine Erben überginge und damit komme ich bereits auf die zweite der hier zu besprechenden

---

[1]) Daß das Moment des persönlichen Vertrauens im Verhältnis zwischen Kognitor und Dominus eine wichtige Rolle spielte, zeigt das oben S. 89 abgedruckte fr. 25 D (3, 3).

[2]) Vgl. auch Hupka, Vollmacht S. 345.

Fragen. Dieser Zusammenhang ist bezüglich des Prokurators auch an einer Stelle[1]) ausdrücklich hervorgehoben und es wurde in der Tat bisher allgemein angenommen, daß die Prozeßobligation sich auf die Universalsukzessoren des Kognitors vererbe, indem man ohne weitere Bedenken diesen für den Prokurator bezeugten Rechtssatz[2]) auch auf den Kognitor anwenden zu können glaubte.[3])

Nun gestatten aber die Quellen, die Unrichtigkeit dieses Analogieschlusses mit Sicherheit nachzuweisen und darzutun, daß der schwebende Prozeß nach dem Tode des Kognitors nicht auf dessen Erben, sondern vielmehr auf den Dominus überging.

Ich will mich hiebei nicht auf C. Th. (2, 12) 7 Theodosius und Valentinianus a°. 424:

> ***Si lite contestata*** *procuratorem vel* ***cognitorem,*** *qui* ***litis minister est*** *ordinatus,* ***mori contigerit, minime eius quaerantur heredes,*** *ne de supervacuo*[4]) *domino*

[1]) C. Th. (2, 12) 1 Iulian. a° 363: *Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe cum et procuratorem posse eum instituere et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres iuris voluerunt conditores.*

[2]) C (2, 12) 23, C (8, 53) 33 pr., C. Th. (2, 12) 1.

[3]) Vgl. Wach bei Keller, Z. P. N. 716a; Eisele, Kognitur S. 108, Debray, Cognitor S. 144; Wetzell, Z. P.[3] S. 74 N. 24.

[4]) So die Lesung Mommsens in seiner derzeit noch nicht erschienenen Ausgabe des Codex Theodosianus. Ich verdanke die Lesung einer gütigen Mitteilung des Herrn Prof. Mitteis. Hänel liest *neque supervacuo*.

caussae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus caussae fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis caussa sumptuum,

berufen, da man immerhin annehmen könnte, daß die Kaiser mit dieser Bestimmung das bisherige Recht der Kognitur in diesem Punkte ändern wollten. Doch läßt sich der hier ausgesprochene Rechtssatz bereits für die Zeit der severischen Juristen nachweisen.

Man wird zunächst zugeben müssen, daß es dem Prinzipal keineswegs gleichgiltig sein konnte, daß nach dem Tode des Kognitors dessen ihm vielleicht ganz unbekannte Erben, die sein Vertrauen nicht hatten, einen Prozeß weiterführten, dessen Folgen ihn direkt selbst trafen. Gegenüber dem Einwand, daß es in einem solchen Falle dem Prinzipal ja freigestanden habe, *translatio iudicii* auf sich zu begehren, ist zu bedenken, daß eine solche Translation immer einen besonderen Translationsgrund vorausgesetzt hätte.[1]) Nun berichtet aber Ulpian in dem die Erläuterung des kognitorischen Translationsediktes einleitenden fr. 17 pr. D (3, 3):

Post litem autem contestatam reus qui cognitorem (D: procuratorem[2]) *dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre* ***a vivo cognitore*** (D: procuratore[2])

---

[1]) Z. B. Abwesenheit, Unbekanntsein der Erben, Kollusionsverdacht gegen dieselben usw.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 313 N. 1, 3.

vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita.

Warum diese Beschränkung auf den *procurator vivus vel in civitate manens?* Lenel[1]) hat daraus auf die Existenz einer zweiten Ediktsbestimmung, in welcher die *translatio iudicii mortuo vel capite deminuto cognitore* vorgesehen war, geschlossen und darauf auch Vat. fr. 341:[2]) *hoc edict]um de pluribus speciebus [loquitur* bezogen. Ein solches Edikt wäre aber vollständig überflüssig gewesen, wenn es lediglich bestimmt hätte, daß *translatio iudicii* vom Erben des Kognitors auf den Dominus oder einen anderen Kognitor *causa cognita* zulässig sei. Dazu hätte ja auch das in Vat. fr. 341 überlieferte Edikt genügt. Soll das von Lenel vermutete Edikt überhaupt Existenzberechtigung haben, so muß es eine besondere Verfügung enthalten haben und diese kann m. E. nur darin gefunden werden, daß der Tod beziehungsweise die *capitis deminutio* des Kognitors schon an sich als Translationsgrund statuiert wurde.

Schließlich möchte ich noch auf fr. 57 D (5, 1) Ulpian. l. 41 ad Sab. verweisen. Die Stelle lautet:

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium ac-

---

[1]) L'Édit I S. 109 = E. P. S. 77, 78.

[2]) Vgl. oben S. 40.

ceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio vel iudicati datur.

Der Schlußsatz der Stelle ist jedenfalls korrumpiert. *Transactio datur* ist sinnlos[1]) und man wird daher zweifellos mit Lenel[2]) *transactio* in *translatio* verbessern dürfen, eine Emendation, die übrigens auch durch die Basiliken[3]) sichergestellt ist. Indessen läßt sich der Inhalt des Fragmentes trotz der Textkorruptel mit ziemlicher Sicherheit feststellen. Ist der *filius familias suo nomine* belangt worden und stirbt er nach der Litiskontestation, so wird das *iudicium „de peculio vel si quid in rem patris versum est"* auf den Gewalthaber übertragen.[4]) Hat hingegen der Haussohn als Prokurator eines anderen die Streitbefestigung vollzogen, so geht der schwebende Prozeß nach seinem Tode auf den Vertretenen über ebenso wie derselbe mit der *actio iudicati* haftet, wenn der *filius familias procurator* nach seiner Verurteilung gestorben ist. Nun gewährt aber an einer anderen Stelle[5]) Ulpian, dem Vorgange Papinians folgend, aus

---

[1]) Van de Water (zit. nach Mommsen) will daher lesen: *transit id actiove iudicati datur.*

[2]) Pal. zu Ulp. fr. 2873 N. 2.

[3]) Bas. VII 5, 46: *εἰ δὲ προκουρατωριως ἐνήγετο, μεταβαινει ἡ δίκη καὶ ἀπόφασις πρὸς τὸν διεκδικηθέντα.*

[4]) Dieser Translationsfall wird im nächsten Kapitel eingehend erörtert werden.

[5]) D (15, 1) 3, 11 Ulp. l. 29 ad ed.: *Idem* (Papinianus) *scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri . . . . . quare et si quasi defensor* (filius familias) *condemnatus sit, idem putat.* Vgl. zu dieser Stelle Wenger, actio iudicati S. 56 ff.

dem Urteile gegen den *filius familias defensor* eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber. Konsequenterweise muß demnach nach dem Tode des Haussohnes der Gewalthaber mit der *actio de peculio annalis* haften. Will man beide Stellen vereinen, so käme man zum Ergebnis, daß der Kläger aus dem Urteile gegen einen *filius familias defensor* zwei Klagen hatte. Einmal die *actio iudicati* gegen den Dominus und dann eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber, ein Resultat, welches nicht ohne Bedenken ist. Warum vor allem für den siegenden Kläger zwei *actiones iudicati?* Der Kläger lief allerdings Gefahr, mittels der *actio de peculio* nur teilweise Befriedigung zu erlangen und man könnte meinen, daß dieser Umstand den Juristen veranlaßt habe, ihm auch eine *actio iudicati* gegen den Prinzipal zu gewähren. Diese Erwägung wird jedoch hinfällig, wenn man bedenkt, daß der Kläger durch die *cautio iudicatum solvi*, die ihm der *filius familias defensor* leisten mußte, sichergestellt war. Es ist ferner befremdlich, daß aus der Prozeßführung eines Prokurators eine *actio iudicati* gegen den Prinzipal resultieren soll.[1]) Man könnte diese Schwierigkeiten durch die Annahme beseitigen, daß in fr. 57 cit. *procurator* für *cognitor* interpoliert sei. Damit erklärte sich einmal die *actio iudicati* gegen den

---

[1]) Man vergleiche z. B. Vat. fr. 332: *Procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori qui vicit denegatur.*

Prinzipal,[1]) es wäre aber auch ein direkter Quellenbeweis für unsere Behauptung gewonnen, daß nach dem Tode des Kognitors der schwebende Prozeß nicht auf dessen Erben, sondern auf den Dominus transmittiert wird.

Ich verkenne jedoch keineswegs die Unsicherheit der hier vorgeschlagenen Interpretation. Es lassen sich auch Gründe für die Echtheit des *procurator* in fr. 57 cit. beibringen. Das Fragment bezieht sich, wie ich im folgenden Kapitel ausführlich darzulegen hoffe, auf Deliktsklagen. Nun gibt es wohl aus Delikten, nicht aber aus anderen Schulden des Haussohnes gegen ihn eine *actio iudicati* und Exekution.[2]) Angesichts dieses Umstandes mochte es unbillig erscheinen, den Haussohn, der gegenüber einer Deliktsklage die Defension für einen anderen übernommen hatte, mit Exekution zu bedrohen und den Schuldigen straflos ausgehen zu lassen und es ist möglich, daß diese oder ähnliche Erwägungen Ulpian veranlaßt haben, ausnahmsweise aus der Prozeßführung des *filius familias procurator* eine *actio iudicati* gegen den Vertretenen zu gewähren. Die *actio iudicati de pe-*

[1]) Vielleicht dürfte man demnach folgenden Gedankengang des Juristen supponieren: Stirbt der *filius familias cognitor lite pendente*, so erfolgt *translatio iudicii* auf den Prinzipal wie auch die *actio iudicati* gegen ihn ginge, wenn der *cognitor* verurteilt würde. Es wäre demnach vielleicht zu emendieren: *translatio velut iudicati datur*. Vgl. auch D (3, 4) 6, 3, D (46, 3) 86 und dazu Lenel, Pal. zu Paul. fr. 168; fr. 186, vgl. ferner Vat. fr. 335.

[2]) Bezüglich des Näheren verweise ich auf die Darstellung in Kap. 2.

culio gegen den Gewalthaber ist allerdings nicht berücksichtigt. Doch darf eine solche Nachlässigkeit bei dem Kompilator Ulpian nicht befremden.[1])

Bei dieser zweiten Interpretation, die gleichfalls nur hypothetisch ist, kommt das Fragment als Beweisstelle natürlich nicht in Betracht. An der These, daß mit dem Tode des Kognitors die Prozeßobligation nicht auf dessen Erben, sondern auf den Prinzipal übergehe, glaube ich jedoch unter allen Umständen festhalten zu können.

Allerdings mußte auch dieser *translatio iudicii* immer eine prätorische *causae cognitio* vorangehen. Der Erbe konnte der Prozeßtranslation widersprechen, wenn sein Erblasser als *cognitor in rem suam* bestellt war, er konnte ferner das „Retentionsrecht",[2]) welches ihm wegen seines Prozeßkostenersatzanspruches zustand, geltend machen.[3]) Doch das eine ist zu betonen: niemals konnte der Erbe gegen die Prozeßtranslation auf den Prinzipal Widerspruch erheben lediglich aus dem Grunde, daß er Erbe des Kognitors sei. Zur Fortführung des Prozesses war er in seiner Eigenschaft als Erbe an sich nicht einmal formell legitimiert,[4]) vielmehr bedurfte es dazu immer eines besonderen Grundes.

[1]) Vgl. übrigens auch das unten Kap. 2 § 1 Bemerkte.

[2]) Vgl. D (3, 3) 25; 30 und oben S. 93.

[3]) Arg. C. Th. (2, 12) 7.

[4]) Denkbar wäre es allerdings, daß die kognitorische Vollmacht ausdrücklich auch auf die Erben des Kognitors gestellt war.

§ 5.

Es lag im Wesen der prokuratorischen Translation, in der Schwerfälligkeit des Translationsverfahrens, daß dieselbe praktisch kaum häufig vorkam. Sie mußte um so mehr an Bedeutung verlieren, als ihr in der kognitorischen Translation ein übermächtiger Konkurrent erstand. Es ist vielleicht nicht ohne Interesse und mag unsere bisherigen Ausführungen in mancher Beziehung ergänzen, wenn wir versuchen, uns ein Bild über das Häufigkeitsverhältnis beider Verfahrensarten zu machen.

Prokuratorische Translationen kamen wohl nur dann in Betracht, wenn es sich um *translatio iudicii* von einem Prokurator auf den Prinzipal handelte. Denn wenn der Dominus den von ihm begonnenen Prozeß auf einen Vertreter zu übertragen wünschte, wird er wohl in der Regel zur kognitorischen Translation gegriffen haben, da dieselbe viel leichter durchführbar und auch für den Prinzipal weniger riskant war,[1]) und es mag sich aus diesem Umstande erklären, daß die wenigen Quellenstellen, die sich auf die prokuratorische Translation beziehen, ausschließlich von der *translatio* von einem Prokurator auf den Dominus handeln. Aber auch für diese Fälle bot die kognitorische Translation vollwertigen Ersatz. Eine prokuratorische Translation vom beklagten Prokurator auf den Prinzipal mußte schon scheitern,

---

[1]) Denn er behielt die *actio iudicati*, die ihm verloren ging, wenn er die *translatio iudicii* auf einen Prokurator erwirkte.

wenn letzterer seine Mitwirkung verweigerte. In einem solchen Falle war es für den Prokurator, der an der Weiterführung des Prozesses verhindert war, am zweckmäßigsten, sich einen Kognitor zu substituieren.[1]) War umgekehrt der Prinzipal zur Translation bereit, nicht aber der Kläger, so konnte der Prokurator den Prinzipal zum *cognitor in rem suam* machen und auf ihn *translatio iudicii* erwirken.[2]) Eine Mitwirkung des Gegners war nur insoferne erforderlich, als er bei der *cognitoris datio* zugegen sein mußte.[3]) Äußerlich war es für ihn auch gar nicht erkennbar, ob der Kognitor *in rem suam* oder *in rem domini* bestellt war.[4]) Allerdings konnte er vermuten,

[1]) Dazu war er befugt. Vgl. oben S. 100 N. 4.

[2]) Eine neuerliche *cautio iudicatum solvi* (Gai. IV 101) war wohl nicht nötig. Die *cognitoris datio* war schon durch die vom Prokurator als Beklagten geleistete Kaution genügend gesichert.

[3]) Seit Aufkommen des *procurator praesentis* und *apud acta factus* war selbst die Gegenwart des Gegners bei der Bestellung des Vertreters entbehrlich. Daß auf diese Prozeßvertreter das kognitorische Translationsedikt Anwendung fand, ist wohl nicht zu bezweifeln. Vgl. Vat. fr. 317, 331.

[4]) Eisele, Kognitur S. 117, dagegen Rümelin, Stellvertretung S. 107 mit der Begründung, daß wohl der Kognitor auf eigene Rechnung zu Verfügungen über den Streitgegenstand berechtigt gewesen sei, nicht aber der *cognitor in rem domini* und der Gegner daher ein Interesse daran hatte zu wissen, ob er es mit einem *cognitor in rem suam* oder *in rem alienam* zu tun habe. Das ist nicht zutreffend. Für den Gegner war der Kognitor zunächst *in rem alienam*. Wollte dieser Verfügungen treffen, die über den Umfang der kognitorischen Vollmacht hinausgingen, so mußte er beweisen, daß er *in rem suam* bestellt sei. Vgl. D (3, 3) 25; 28. Insbesondere

[illegible] der Prokurator seinen Principal wohl nur zum [illegible] in rem suam [illegible] werde. Auf diese Weise kann der Prokurator seine Stellung im Prozesse [illegible] [illegible] [illegible] gegen den Prozeß in seiner Eigenschaft als [illegible] [illegible]. Der Prokurator hätte [illegible] noch als der [illegible] [illegible]. Durch die diese Haftung praktisch [illegible] Gefahr, wenn der Prozeß [illegible] war.

Das hier Ausgeführte gilt [illegible] [illegible] [illegible]

cognitor in rem suam in den vom Prokurator begonnenen Prozeß trat. Denn die kognitorische Translation wahrte die Einheit des Streitverhältnisses.

Es hat demnach den Anschein, als ob die kognitorische Translation die prokuratorische vollständig überflüssig gemacht habe. Für alle denkbaren Translationsfälle schien durch das kognitorische Translationsedikt vorgesorgt. Ich habe indessen bereits oben[1]) auf eine Gruppe von Fällen aufmerksam gemacht, in denen keine der beiden Prozeßtranslationen Abhilfe zu schaffen vermochte. Seitdem die Litiskontestation des klägerischen beauftragten Prokurators das Klagerecht des Prinzipals zerstörte — und dies trifft wohl erst für die Zeit nach Gaius zu — konnte unter Umständen der Prinzipal ein Interesse daran haben, den vom Prokurator begonnenen Prozeß selbst zu übernehmen, namentlich dann, wenn der Prokurator der Kollusion mit dem Gegner verdächtig erschien. Allein sowohl die kognitorische wie die prokuratorische Translation waren unanwendbar, wenn der Prokurator sich weigerte, aus dem Prozesse zu scheiden. Denn der Prokurator konnte nicht wie der Kognitor wider seinen Willen aus dem Prozesse entfernt werden. Abhilfe war nur möglich, wenn man das kognitorische Edikt auf den Prokurator ausdehnte. Dies ist denn in der Tat auch geschehen, zwar wohl noch nicht in der klassischen Zeit — denn die einzige Beweisstelle hiefür fr. 27 pr. D (3, 3) ist interpoliert — aber doch bald nachher auf Grund des

[1]) S. 71.

Kaiserrechts. Wir wissen zwar nicht, welchem Kaiser wir die in fr. 27 cit. interpolierte Konstitution zuzuschreiben haben, allein das kognitorische Translationsedikt muß schon in der Zeit zwischen Ulpian und Diokletian auf den Prokurator ausgedehnt worden sein und zwar nicht nur bezüglich des hier erwähnten Falles, sondern ganz allgemein. Dies geht hervor aus c. 20 C (2, 12) Diocletian und Maximian a. 294:

Nihil arbitramur interesse, utrum ab initio an coepta iam lite negotium ad personam procuratoris transitum fecerit.

Diese Behauptung war für die klassische Zeit wohl bezüglich des Kognitors zutreffend, nicht aber für den Prokurator.[1] Denn nur die kognitorische Translation ließ die Einheit der Prozeßobligation unberührt. Daß der Rechtszustand früher ein anderer war, beweist ein Scholion des Thalelaeus[2] zu dieser Kodexstelle:

Καλῶς δὲ ἐντελῶς ἡ διάταξις εἶπε, μηδεμίαν εἶναι διαφορὰν τοῦ δοθέντος ἐξ ἀρχῆς προκουράτωρος πρὸς ἐκεῖνον, εἰς ὃν μετὰ προκάταρξιν ἡ δίκη μετηνέχθη. τὸ γὰρ

[1] Man könnte vielleicht vermuten, daß in c. 20 cit. *procurator* für *cognitor* interpoliert sei. Diese Annahme ist wohl nicht wahrscheinlich. Die Konstitution ist gerichtet an *Verinus, praeses Syriae*. Nun wissen wir aus Gaius' Ediktskommentar, daß das kognitorische Translationsedikt auch im *edictum provinciale* Aufnahme gefunden hat. Es ist wohl anzunehmen, daß der *praeses Syriae* von dieser Bestimmung Kenntnis hatte. Eher konnte er Zweifel hegen bezüglich der prokuratorischen Translation und auf solche Bedenken antworten ihm nun die Kaiser.

[2] Heimbach, Bas. I S. 413.

παλαιὸν ἑτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον, ὅτε τις μετὰ προκάταρξιν δέδωκε προκουράτωρα.

Daß Thalelaeus, wenn er erklärt, früher sei bei Eintritt eines Prokurators nach der Litiskontestation ein *iudicium* „mit anderen Worten" erteilt worden, an die Umstellung der *condemnatio* auf den Namen des Prokurators gedacht hätte, wäre doch zu platt, wie gering man immer derartige historische Notizen der Scholiasten taxieren mag. Die Worte *„ἑτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον"* hat Eisele[1]) m. E. ganz richtig gedeutet, wenn er darin eine Anspielung auf die fiktizische Fassung der Translationsformel erblickte und daraus weiter schloß, daß es zur *translatio iudicii* auf einen Prokurator erst einer *restitutio in integrum* bedürfe.[2])

Ferner ist hinzuweisen auf c. 22 C (2, 12) Constantin. a.° 319:

> *Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominis effectis ii qui mandaverant non habeant facultatem negotia persequendi, nisi capitales inimicitiae vel morbus vel alia necessaria causa intercesserit: **tunc enim etiam invitis his transferri lis potest,***[3])

[1]) Z. R. G. 15 S. 138 ff.

[2]) Sperl, Sukzession S. 53, der auch für die prokuratorische Translation Einheit der Prozeßobligation anzunehmen scheint, bezieht die fraglichen Worte auf eine von ihm vermutete *praescriptio*: *„ea res agatur, de qua inter Titium, cui Seius procurator factus est, et Sempronium lis iam est contestata"* der Translationsformel.

[3]) Vgl. dazu D (3, 3) 25: *nec ferendus est cognitor* (D: procurator) *qui sibi adserit cognituram* (D: procurationem): ***nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito.*** Es hat fast den Anschein, als

und die bereits einmal[1]) berufene c. 7 C. Th. (2, 12) Theodosius und Valentinianus a.° 424. Diese letztere Stelle dürfen wir nach unseren obigen Ausführungen jetzt wohl dahin verstehen, daß die Kaiser, wenn sie verfügen, daß nach dem Tode des Prokurators oder Kognitors der Prozeß auf den Prinzipal übergehe, damit lediglich diesen für den Kognitor von jeher geltenden Rechtssatz auf den Prokurator ausdehnten. Als solcher gilt er auch im justinianischen Recht. Wetzell[2]) hat dies zwar in Zweifel gezogen, weil die Kompilatoren die c. 7 C. Th. (2, 12) in den Kodex nicht aufgenommen haben. Sie haben jedoch — und dies hat Wetzell nicht beachtet — die im C. Th. (2, 12) 1 überlieferte Konstitution Kaiser Julians unter Weglassung des Satzes *(procuratorem posse)* ***„et ad heredes suos inchoata transmittere"*** als c. 23 C (2, 12) rezipiert. Darin liegt ein sehr deutlicher Hinweis, daß die Kompilatoren den im weggelassenen Satze ausgesprochenen Rechtssatz nicht mehr anerkannten.

Vgl. ferner c. 28, 1 C (2, 12): *Ἐὰν τελευτήσῃ ἢ ἀφανὴς γένηται ὁ ἐπὶ δίκῃ παρά τινος δοθεὶς ἐντολεύς,*

---

ob man bei Ausfertigung dieser Konstitution in der kaiserlichen Kanzlei den Ulpianschen Kommentar zum kognitorischen Translationsedikt ausschrieb. Dieselben Gründe mit denselben Worten führt Ulpian bezüglich der *mutatio cognitoris* an. Vgl. D (3, 3) 8, 3: *ut puta inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum cognitorem* (D: procuratorem, Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 311 N. 1) *et dominum*, D (3, 3) 10: ***vel ex alia iusta causa.*** Vgl. fr. 17, 2 D (3, 3).

[1]) Oben S. 103, 104.

[2]) Z. P.[3] S. 74 N. 24.

μετὰ τήν κ' ἡμέραν τοῦ προτιθεμένου παρὰ τοῦ ἄρχοντος διατάγματος περὶ τοῦ προβληθῆναι ἄλλον ἐξ μηνῶν ἔχει προθεσμίαν ὁ πρωτότυπος ἐν ἀπουσίᾳ ὢν πόρρω διακειμένης ἐπαρχίας εἰς τὸ ἕτερον προβάλλεσθαι ἢ αὐτὸς παραγενέσθαι κτλ.,

wenn man auch Wetzell zugeben muß, daß sich nicht mit Sicherheit entscheiden lasse, ob die Litiskontestation hier bereits als vollzogen anzunehmen sei.[1])

§ 6.

Mit den bisherigen Ausführungen, die sich lediglich darauf beschränkt haben, ein möglichst anschauliches und detailliertes Bild des faktischen Translationsvorganges sowohl der prokuratorischen wie der kognitorischen Prozeßtranslation zu geben, ist unsere Aufgabe noch nicht

[1]) Wetzell l. c. beruft sich auf den in den Quellen mehrfach ausgesprochenen Satz, daß der Erbe des Tutors zur Fortsetzung der von seinem Erblasser für den Mündel erhobenen Appellation verpflichtet sei. D (49, 1) 27, D (49, 10) 2, D (49, 13) 1, 1. Allein es ist gerade hier bedenklich vom Tutor auf den Prokurator zu schließen. Denn wenn in der Tat im justinianischen Recht die Erben des Tutors zur Fortführung des Prozesses verpflichtet waren, so kann dies damit begründet werden, daß man im Interesse des Mündels den Prozeß bis zur Bestellung eines anderen Vormunds nicht ruhen lassen wollte. Vgl. D (49, 10) 2 Hermogenian.: *propter periculum medii temporis successores eius* (tutoris) *causas appellationis necesse habent reddere.* c. 33 pr. C (8, 53) Iustinian. a.° 528: *Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter eas suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent* rell. beweist nichts, da sie auf den *procurator in rem suam* zu beziehen ist.

erledigt. Zur Hauptfrage, die wir uns eingangs dieser Untersuchung vorgelegt haben, ob in der *translatio iudicii* eine prozessuale Sukzession zu erblicken sei, ist noch nicht Stellung genommen worden. Bezüglich der prokuratorischen Translation ist diese Frage allerdings sofort erledigt. Da dieselbe neuen Prozeß für und gegen den Prozeßnachfolger bewirkt, so kann selbstverständlich von einer Prozeßsukzession nicht die Rede sein. Anders liegt die Sache beim Kognitor. Die kognitorische Translation wahrt die Einheit des Prozeßverhältnisses und damit ist die wichtigste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Sukzessionsbegriffes gegeben. Es läge auch in der Tat kein Hindernis vor, die kognitorische Translation als Prozeßsukzession aufzufassen,[1]) wenn wir es als feststehend betrachten dürften, daß der Kognitor Prozeßsubjekt sei. Indessen ist gerade dieser Punkt in der Literatur[2]) sehr bestritten und ich kann daher nicht umhin, auch an

---

[1]) Vgl. Eisele, Kognitur S. 106, 107.

[2]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 169 ff., Z. P. II S. 428 N. 101; Zimmern, Z. P. S. 472 ff.; Wetzell, Z. P.[3] S. 69; Eisele, Kognitur S. 78 ff.; Debray, Cognitor S. 97, 134, 144; Wach bei Keller, Z. P. N. 716a; Wach, Handbuch d. Z. P. S. 558 ff.; Wlassak, negotiorum gestio S. 48, Kognitur S. 17, N. 2, 28, 34; Rudorff, R. G. II S. 235, 236; Pernice, Labeo I[2] S. 491; Rümelin, Stellvertretung S. 108 ff.; Kuntze, Exkurse[2] S. 260 ff.; Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 30; Salpius, Novation S. 361, 370; Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 10 N. 1 ex S. 7; Lenel, Z. R. G. 17 S. 150; Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift 24 S. 17, 23 ff.; Fierich, Grünhuts Ztschr. 9 S. 615 ff.; vgl. auch Brinz, Pand.[2] I S. 346, 347.

diese Frage heranzutreten. Gemäß dem in der Einleitung gesteckten Ziele, die *translatio iudicii* des Formularprozesses zu erforschen, kann ich mich hiebei auf die Kognitur der klassischen Zeit, wie sie uns in den Juristenschriften entgegentritt, beschränken.

Man kann die aufgeworfene Frage auch dahin formulieren, ob der Kognitor indirekter oder direkter Stellvertreter, ob er *dominus litis* sei oder nicht. Speziell der letztere Ausdruck wird in der Literatur[1]) verwendet, um den Prozeßvertreter als Prozeßsubjekt zu charakterisieren. Da diesen Terminus[2]) auch die Quellen gebrauchen, so hat es den Anschein, als ob wir die Beantwortung unserer Frage schon aus der Terminologie der Quellen allein gewinnen könnten. Wir müßten hiebei allerdings voraussetzen können, daß die Quellen den Ausdruck *dominus litis* exakt verwenden, also zur Bezeichnung des Prozeßvertreters für die Zeit, für welche wirklich *lis* vorhanden ist, d. h. von der Litiskontestation bis zum Urteil. Dieser Anforderung entspricht nun die Quellenterminologie in keinem Punkte. Die Quellen bezeichnen als *dominus litis* auch den Prinzipal sowohl dem Kognitor wie dem Prokurator gegenüber[3]) und zwar für

[1]) Vgl. die in der vorigen Note Genannten.

[2]) Nicht aber „*dominium litis*", ein Terminus, der uns seit den Juristen des kanonischen Prozesses geläufig ist. Darauf hat schon Bethmann-Hollweg, Versuche S. 155 aufmerksam gemacht.

[3]) Gegenüber dem Kognitor: D (3, 3) 30 Paul., D (3, 3) 31 pr. Ulpian., D (46, 7) 10 Modestin. (über die Interpolation *procurator* für *cognitor* in diesen Stellen vgl. Lenel, Pal.), C. Th. (2, 12) 7

alle Stadien des Verfahrens.[1]) Daneben wird nun allerdings an einigen Stellen bemerkt, daß der Prokurator durch die Litiskontestation den Streit zu seinem eigenen mache und demnach *dominus litis* werde.[2]) Nie wird jedoch der Kognitor *dominus litis* genannt.[3])

Ich führe diese Stellen — es sind ihrer nicht viele — hier an.

(dominus causae). Gegenüber dem Prokurator: D (20, 6) 8, 2 Marcian. (Vgl. zu dieser Stelle Wlassak, Kognitur S. 34 N. 20), C (7, 62) 9, C (2, 12) 24, C (7, 45) 1, C. Th. (2, 12) 7.

[1]) Vor der Streitbefestigung: D (46, 7) 10 (Kognitor), D (20, 6) 8, 2, C (2, 12) 24 (Prokurator). Nach dem Urteil: D (3, 3) 30; 31 pr. (Kognitor), D (49, 9) 2, C (7, 62) 9 (Prokurator). Während des Prozesses: C. Th. (2, 12) 7 (Kognitor und Prokurator), C. (7, 45) 1 (Prokurator). Besonders charakteristisch ist die letztzitierte Kodexstelle (Sever und Caracalla a.° 208): *Non videtur nobis rationem habere sententia decessoris tui, qui cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, non procuratorem sed ipsam dominam litis condemnavit, cuius persona in iudicio non fuit* rell. Also eine *domina litis*, die gar nicht Prozeßsubjekt ist. Vgl. Eisele, Kognitur S. 83 N. 53. Die Stelle bezieht sich auf den Kognitionsprozeß. Dies zeigt die Adresse: *Quintiliano*, wahrscheinlich *praefectus vigilum*. Vgl. Krüger in der Kodexausausgabe; Prosopographia III S. 115 N°. 16. Daher kann man nicht übersetzen: „die *domina litis*, deren Name gar nicht in der Formel stand."

[2]) Vgl. jedoch D (3, 3) 76: *Iulianus respondit: defensor cum satisdedit, domini loco habendus est*, dazu Eisele, S. 112.

[3]) Man könnte sich allerdings auf Vat. fr. 341 berufen, wenn man die Ergänzung *[cum per litis contestationem lis] cognitoris sit effecta* . . . billigt. Allein man wird zugeben, daß ein so lückenhaft überlieferter Satz nicht mit Erfolg als Beweis verwendet werden kann.

D (44, 4) 11 pr. Neraz l. 4 membranarum.:

Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit, dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur[1]) *et placet de procuratoris dolo excipiendum esse* rell.[2])

D (49, 1) 4, 5 Macer l. 1 de appell.:

sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.

C (2, 12) 22 Constantin. a.° 319.[3])

C. Th. (2, 12) 1 = C (2, 12) 23 Iulianus a.° 363.[4])

Diese Stellen bedürfen keines weiteren Kommentars. Schwieriger ist die Auslegung von fr. 7 D (12, 3) Ulp. l. 8 ad ed.:

Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominum litis: denique Papinianus ait alium

[1]) Man beachte, wie vorsichtig sich Neraz ausdrückt. Den Terminus *dominus litis* scheint er noch nicht zu kennen. In der Tat taucht dieser Terminus erst bei den Juristen der severischen Zeit und dann namentlich im Kodex auf. Vgl. auch Wach, Handbuch d. Z. P. S. 559 N. 5.

[2]) Mit Unrecht hält Debray, Cognitor S. 151 N. 2 die Stelle auf den *procurator* interpoliert. Neraz hätte sicherlich bezüglich des Kognitors entgegengesetzt entscheiden müssen. Vgl. im übrigen auch Wlassak, Kognitur S. 35.

[3]) Abgedruckt oben S. 115.

[4]) Abgedruckt oben S. 103 N. 1.

non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.

Das Fragment[1]) kann ebenso auf den Kognitor, wie auf den Kognitor und Prokurator bezogen werden. Denn

---

[1]) Mit der im Text zitierten Stelle bringt Lenel, Paling. II S. 389 N. 2 allerdings sehr zweifelnd in Verbindung fr. 64 D (5, 1) Ulp. l. 1 disput.: *Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur.* § 1: *Si quis alio iudicio acturus iudicatum solvi satis acceperit, deinde in alio iudicio agat, non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur.* Ulpian handelt in einigen Fragmenten (Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 33—37) des ersten Buches seiner Disputationen vom Kognitor und Prokurator. Es wäre immerhin möglich, daß er hiebei die Fähigkeit des Prozeßvertreters zum *iusiurandum in litem* erörterte und daß sich daraus die Stellung des Fragmentes erklärte. Es ist aber zu beachten, daß Ulpian im 7. Buch der Disputationen gelegentlich der *cautio iudicatum solvi* denselben Fall wie in fr. 64, 1 cit. erörtert. D (46, 7) 13, 1: *Si fuero a sponsore* (D: *fideiussore*, Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 137 N. 2) *procuratoris stipulatus iudicatum solvi quasi in rem acturus et postea in personam egero, vel alia actione acturus, aliam autem dictavero actionem, non committitur stipulatio, quia de alia actum videtur, de alia stipulatio interposita.* Sachlich paßt die in fr. 64, 1 erörterte Frage besser in die Lehre von der *cautio iudicatum solvi* als in eine Darstellung der Prozeßvertretung. Ich möchte daher mit allem Vorbehalt die Vermutung wagen, daß fr. 64 vielleicht falsch inskribiert und in das 7. Buch zu stellen sei. Ulpian könnte folgenden Fall im Auge gehabt haben: Der Vindikationskläger hat bereits vom Beklagten *cautio iudicatum solvi* bestellt erhalten. Vor der Litiskontestation indessen stellt es sich heraus, daß er *malae fidei possessor* gewesen sei. Er ändert daher die Klage und ediert die Formel der *actio depositi* oder *commodati*, die ihn vom Beweise seines Eigentums

auch vom Prokurator gilt es, daß er *alieno nomine* die Streitbefestigung vollziehe.[1]) Damit würde aber Papinian das *dominium litis* des Prokurators nach der Litiskontestation in Abrede stellen und das Fragment käme in Widerspruch mit den oben zitierten Stellen. Um aus diesen Schwierigkeiten einen Ausweg zu finden, muß man bedenken, daß es Papinian um die Auslegung der Rechtsparömie[2]) „*alius in litem iurare non debet quam dominus litis*" zu tun ist. Sicherlich galt dieser Satz für den Kognitor. Es mochte in der Tat Bedenken unterliegen, dem Kognitor die eidliche Fixierung des Interesses des Prinzipals zu verstatten, da ihm die Streitsache doch eine fremde war und die *actio iudicati* dem Prinzipal erworben wurde. Ferner war der Kognitor, wie man wohl annehmen darf, in der Regel Prozeßführer des anwesenden Dominus.

---

befreien. Es lag nun sehr nahe zu fragen, ob die *cautio* sich auch auf die obligatorische Klage beziehe und ob der *praedo* überhaupt zu dieser Klage zuzulassen sei. Die letztere Frage bejaht Ulpian mit Rücksicht auf das bei der *actio depositi* und *commodati* zulässige *iusiurandum in litem*. Vgl. D (13, 6) 3, 2; 15; 16, D (16, 3) 1, 39; 31, 1. Einen anderen Gesichtspunkt für die Aktivlegitimation des *praedo* bringt Marcellus bei. D (16, 3) 1, 39: *nam interest eorum eo, quod teneantur* (dem Eigentümer).

[1]) Gai. IV 86, Wlassak, Kognitur S. 33. Vgl. auch Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 304, zu Papin. fr. 413, l'Édit I S. 99 = E. P. S. 71.

[2]) *Vulgo praesumitur!* Auch der Satz, daß der Prokurator nach der Streitbefestigung in seiner Eigenschaft als *dominus litis* einen Substituten ernennen dürfe, war den Juristen wohl in der Form eines Rechtssprichwortes geläufig. Vgl. D (17, 1) 8, 3: *quanquam enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse.*

Es unterlag also keinen Schwierigkeiten, daß der Prinzipal zum Eidestermin selbst vor dem Geschworenen erschien und das *iusiurandum in litem* leistete. Unterstützt wird diese Vermutung durch fr. 69 D (3, 3) Paul. l. 3 resp.:

> *Paulus respondit etiam eum, qui cognitorem* (D: ad litem suscipiendam procuratorem[1]) *dedit, causae suae adesse non prohiberi.*

Daß Paulus lediglich bemerken wollte, der Prinzipal könne der von seinem Kognitor geführten Streitverhandlung vor dem *iudex* als Zuhörer anwohnen,[2]) wäre bei der in Rom herrschenden Öffentlichkeit des Verfahrens doch zu trivial. Der Satz „*causae suae adesse non prohiberi*" will offenbar bedeuten, daß der Prinzipal auch aktiv in die Streitverhandlung eingreifen, seinen Kognitor eventuell desavouieren dürfe.[3]) Ist es nicht naheliegend,

---

[1]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 1457 N. 2.

[2]) Debray, Cognitor S. 130 versteht die Stelle unrichtig, wenn er in ihr den Satz ausgesprochen findet, daß der Prinzipal zum Streitbefestigungstermin erscheinen könne, um eventuell noch die Vollmacht des Kognitor aufzuheben. Das wäre doch zu selbstverständlich gewesen, als daß es der Jurist erst hätte hervorheben müssen.

[3]) Ähnlich wie die Partei die Behauptungen ihres Beistandes durch Widerspruch in continenti beseitigen kann. C (2, 9) 1 dazu das Scholion des Thalelaeus bei Heimbach, I S. 355. Wer den Kognitor als indirekten Stellvertreter auffaßt, wird diese Teilnahme des Prinzipals an der Verhandlung *in iudicio* als Nebenintervention charakterisieren müssen. Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 159 N. 32. Wer jedoch der gegenteiligen Ansicht sein sollte, dem wird die auffallende Analogie der Verhältnisse im modernen An-

darunter auch die Befugnis den Schätzungseid zu leisten zu verstehen, den der Kognitor nicht schwören durfte?

Diese Erwägungen treffen beim Prokurator nicht zu. Allerdings fehlt ihm die zur Eidesleistung erforderliche subjektive Gewißheit, allein dieser Umstand kann die Befugnis des Prokurators zu schwören — und um diese handelt es sich — nicht ausschließen[1]) und ich glaube in der Tat annehmen zu dürfen, daß er nach älterem Recht dieselbe gehabt hat. Ich stütze mich hiebei auf fr. 4 pr. D (12, 3) Ulp. l. 36 ad ed.:

Videamus in tutelari causa quis iurare et adversus quem possit. et quidem ipse pupillus, [si impubes est],[2]) non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admitten-

waltsprozeß nicht entgehen. Die zur Verhandlung erschienene Partei kann Geständnisse, tatsächliche Erklärungen des Anwaltes in continenti widerrufen, in der Verhandlung selbst das Wort ergreifen. Vgl. §§ 85, 137/4 d. Z. P. O., § 34 ö. Z. P. O. All das galt auch im Verhältnisse des Dominus zum Kognitor. Dagegen wird man nicht annehmen dürfen, daß der Dominus, wenn der Kognitor nicht erschien, allein vor dem Geschworenen verhandeln durfte. Denn als gerichtsanwesend konnten nur die in der *condemnatio* genannten Personen gelten. Auch zu diesem Punkte ist die Gestaltung des modernen Anwaltsprozesses vollkommen parallel. Erscheint die Partei zur mündlichen Verhandlung ohne Anwalt, so ergeht Versäumnisurteil.

[1]) Vgl. Demelius, Schiedseid S. 74 ff. Der Prokurator kann daher zum Schiedseid nicht gezwungen werden, wohl aber kann er ihn freiwillig leisten. D. (12, 2) 34, 3.

[2]) Die eingeklammerten Worte sind Glossem. Pernice, röm. Sakralrecht II S. 1184 N. 4 (Berl. Sitzungs-Ber. 1886); Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1030 N. 3.

dum, etsi parata esset iurare, divi fratres rescripserunt: grave enim videbatur et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam periurium anceps subire. curatores quoque pupilli vel adulescentis non esse cogendos in litem iurare rescriptis imperatoris nostri et divi patris eius continetur. si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adulescenti tutores vel curatores praestare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi. non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelae ratio postulatur. adulescens vero si velit iurare potest.

Dieses von den Kompilatoren kaum unberührte Fragment handelt von dem *iusiurandum in litem* bei der *actio tutelae*.[1]) Wie immer man die Stelle interpretieren mag,[2])

[1]) Vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft III S. 84—86.

[2]) Den Ausführungen Pernices, a. a. O. S. 1184 N. 4 kann ich nicht durchwegs zustimmen. Ulpian zitiert zwei Kaisererlässe. Nach dem einen von M. Aurel und L. Verus soll der Tutor zum *iusiurandum in litem* nicht gezwungen werden, nach dem anderen von Sever und Caracalla soll dasselbe gelten bezüglich der Kuratoren. Das letztere Reskript ist wahrscheinlich identisch mit dem in c. 1 C (5, 53) überlieferten. Pernice meint nun, daß unter dem Tutor nur der zur Prozeßführung bestellte Spezialtutor (Gai. I 184) verstanden werden könne. Dieser sei aber sonst in der Kompilation immer durch *curator* ersetzt, anderseits könne man im folgenden *curatores quoque pupilli vel adulescentis non esse cogendos* nur wieder an interpolierte Tutoren denken. Dann beinhalte aber der Erlaß Severs und Caracallas dasselbe wie das Reskript der *divi fratres*.

das eine kann mit Sicherheit angenommen werden, daß der Tutor oder Kurator, der *nomine pupilli (adulescentis)* die *actio tutelae* erhebt, zur Leistung des *iusiurandum in litem* befugt ist, während er vor Erlaß der von Ulpian ange-

---

Man könne daher höchstens annehmen, daß das zweite Reskript von Prozessen der Tutoren gegen Dritte handle. M. E. hat sich Pernice diese Schwierigkeiten selbst geschaffen durch die Annahme, daß sich das erste Reskript auf den prätorischen Spezialtutor beziehe. Derselbe wurde nach Gai. I 184 nur für Prozesse gegen den Vormund während der Dauer der Vormundschaft gegeben, da der Tutor nicht gegen sich selbst *auctoritas* interponieren konnte. (Vgl. D (27, 3) 9, 4 dazu Pernice, Labeo I S. 229 ff.; Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1014 N. 2, ferner D (46, 6) 8 dazu Lenel, Z. R. G. 15 S. 39.) Im vorliegenden Falle aber handelt es sich um Beendigung der Vormundschaft während der Dauer der Unmündigkeit. Denn *durante tutela* gibt es keine *actio tutelae*. In solchen Fällen bekommt der Mündel einen neuen Tutor und nicht bloß einen Spezialtutor zur Prozeßführung. (Vgl. auch Schol. Steph. bei Heimbach, Bas. II S. 579.) Das Reskript der *divi fratres* bezieht sich demnach auf den gewöhnlichen Tutor, das von Sever und Caracalla auf den *curator minorum*. An eine Interpolation ist hier m. E. nicht zu denken, abgesehen von dem *[pupilli vel] adulescentis*. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1030 N. 1. Vgl. auch c. 1 C (5, 53) cit.: *adversus heredem tutoris . . . ad puberem instrumenta pertinentia restitui desiderabis*. Wohl aber ist der folgende Satz *si tamen tantam affectionem* etc. verdächtig. Da es dem Stil des Juristen kaum entspricht zu schreiben *auctoritas iuris non refragabitur*, so muß man entweder annehmen, daß Ulpian einen Teil des Reksriptes wörtlich zitierte — dann ist die Erwähnung des Tutors und des Mündels zu streichen, da sich das Reskript nur auf den Kurator bezieht — oder man erklärt den ganzen Satz „*si tamen — possit adhiberi*" für interpoliert. Die letztere Annahme ist mir wahrscheinlicher.

führten Kaiserreskripte sogar dazu gezwungen werden konnte. Daß dies nur ein Sonderrecht der *actio tutelae* gewesen sei und nicht auch bei den anderen Klagen, bei denen ein Schätzungseid zulässig war, statthatte, ist kaum anzunehmen. Vgl. das Scholion des Stephanus zu dieser Stelle:[1])

ἵνα δὲ μὴ στενῶμεν τὸ νόμιμον, μὴ μόνον τὴν τουτέλαε κατά τινος τῶν ἐπιτρόπων κινουμένην εἴπῃς, ἀλλὰ καὶ τὴν ἰν ῥὲμ κατὰ παντὸς ἑτέρου, ἢ τὴν ἀδ ἐξνιβένδουμ, ἢ τὴν δεπόσιτι ἐκ προσώπου τοῦ πουπίλλου, καὶ οὕτω χώραν τῷ ἰν λίτεμ ὅρκῳ γίνεσθαι.

Da aber der Tutor nach älterem Recht im Prozesse durchwegs wie der Prokurator behandelt wird, so wird man, wenn der Tutor zum Schätzungseid zugelassen wird, daraus wohl schließen dürfen, daß es beim Prokurator nicht anders war. Daher scheint es mir am zutreffendsten, fr. 7 D (12, 3) dahin zu erklären, daß Papinian die ursprünglich nur für den Kognitor geltende *regula*, daß nur der *dominus litis in litem* schwören könne, auch auf den Prokurator ausdehnte. Die Stelle zeigt aber auch dann, wie wenig genau es die römischen Juristen mit dem Begriff *dominus litis* nahmen.

Überblicken wir die rechtlichen Konsequenzen, welche die Juristen aus dem *dominium litis* des Prokurators ableiten, so zeigt sich, daß keine derselben für den Kognitor zutrifft. Weder kann der Kognitor einen Substituten ernennen[2]) noch vererbt sich der Prozeß auf seine Erben.[3])

[1]) Heimbach, Bas. II S. 579.

[2]) D (49, 1) 4, 5, C (2, 12) 23, C. Th. (2, 12) 1.

[3]) C. Th. (2, 12) 1; 7.

Er kann kein *iusiurandum in litem* leisten,[1]) er kann wider seinen Willen aus dem Prozesse entfernt werden.[2]) Wäre der *dominus litis* der Quellen in der Tat gleichbedeutend mit „Prozeßsubjekt", so wäre mittels einfachen arg. a contrario sofort der Beweis erbracht, daß der Kognitor direkter Stellvertreter sei. Denn *dominus litis* im Sinne der Quellen ist der Kognitor keinesfalls. Die bisherige Untersuchung dürfte jedoch die Unzulässigkeit dieser Schlußfolgerung zur Genüge dargetan haben. Sie hat ergeben, daß der Terminus *dominus litis* = Prozeßsubjekt der Literatur angehört und nicht den Quellen. Für die Quellen ist *dominus litis* selbst an denjenigen Stellen, an welchen sie diesen Ausdruck mit einer gewissen Exaktheit verwenden, derjenige, welcher eine gewisse Verfügungsgewalt über den Prozeß hat. *Dominium litis* wäre demnach am ehesten im Sinne der Quellen als rechtliche Verfügungsmacht über die Prozeßobligation zu definieren. In diesem Sinne sagen die Quellen vom Prokurator, daß er *dominus litis* sei. Dieses *dominium litis* der Quellen ergibt aber gar nichts für die Frage nach der subjektiven Beziehung der Prozeßobligation *(dominium litis* in diesem Sinne) auf den Vertreter. Mit dieser letzteren Frage haben sich die römischen Juristen nicht befaßt und schon diese Beobachtung sollte uns lehren, daß es sich um eine mehr oder minder rein theoretische Frage ohne praktische Bedeutung handelt.

---

[1]) D (12, 3) 7.

[2]) C (2, 12) 22, D (3, 3) 25.

Ich beschränke mich daher im folgenden auf eine Zusammenstellung der m. E. wichtigen Argumente pro und contra und möchte vorher nur noch bemerken, daß m. E. die Frage, ob dem Kognitor *dominium litis* zukomme, d. h. ob er Prozeßsubjekt sei, nur mit einem glatten ja oder nein beantwortet werden kann und daß daher vermittelnde Formulierungen, wie sie mitunter[1]) versucht wurden, abgelehnt werden müssen.

Die letzte eingehende und scharfsinnige Untersuchung dieser Frage verdanken wir Eisele.[2]) Sein Ergebnis, daß der Kognitor der klassischen Zeit indirekter Vertreter sei, hat vielfachen Beifall gefunden[3]) und es muß anerkannt werden, daß die Forschungen Eiseles die Frage vielfach

---

[1]) So z. B. von Bethmann-Hollweg, Versuche S. 169: dem Kognitor komme nur ein abgeschwächtes *dominium litis* zu. Das wäre nur haltbar, wenn man unter *dominium litis* die Verfügungsmacht über die Prozeßobligation verstünde. Noch unhaltbarer Debray, Cognitor S. 169: la *litis contestatio* a dépouillé définitivement le *dominus* de l'exercice de son action. Elle est devenue l'action même du représentant. Mais le droit, le substratum de l'action, (?) est demeuré. S'il est perdu pour le maitre, c'est sous forme d'action. (?) Wach bei Keller Z. P. N. 716a spricht von einem formellen *dominium litis* des Kognitors. Damit behauptet aber Wach, wenn ich ihn recht verstehe, lediglich, daß der Kognitor nur formell Partei sei. (Formelle Parteifähigkeit. Vgl. Wach, Handbuch I S. 520 ff.) Wer aber nur formell Partei ist, ist nicht Subjekt der Prozeßobligation. Gegen diese Formulierung ist daher nichts einzuwenden.

[2]) Kognitur S. 78 ff.

[3]) Vgl. Fierich, Grünh. Ztschr. 9 S. 615, 616; Hölder, Krit. Vierteljahrsschr. 24 S. 17, 23 ff.; Lenel, Z. R. G. 17 S 150.

geklärt und die entscheidenden Argumente pro und contra erst in das rechte Licht gesetzt haben. Insbesondere kann ich Eisele nur zustimmen, wenn er ausführt,[1]) daß aus dem Umstande, daß der Kognitor im Gegensatze zum Prokurator nur beschränkte Verfügungsmacht über den Prozeß hat, für die Frage, ob direkte oder indirekte Stellvertretung, gar nichts sich ergebe und daß sich diese Verschiedenheiten zwischen Kognitor und Prokurator vielmehr daraus erklären, daß „der Kognitor nur Prozeßführer, der Prokurator dagegen überhaupt Geschäftsführer sei". Es ist in der Tat für unsere Frage vollkommen belanglos, daß der Kognitor keinen Eid deferieren oder referieren,[2]) kein *iusiurandum in litem* leisten

[1]) A. a. O. S. 89 ff.

[2]) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 91; Debray, Cognitor S. 161, 162. Der Prokurator kann einen Konventionaleid deferieren und referieren (D (3, 3) 39, 1, D (12, 2) 17, 3, dazu Lenel, Pal. zu Paul. fr. 278 N. 3. Vgl. auch D (12, 2) 17 pr. und dazu Demelius, Schiedseid S. 30), nicht aber den Zwangseid. (D (12, 2) 18 und dazu Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 757 N. 2, 3.) Das letztere wird von Iulian damit begründet, daß der Beklagte, der dem Prokurator geschworen hat *se dare non oportere* und nun nachträglich vom Prinzipal geklagt und verurteilt wird, behufs der Regreßierung aus der *cautio rati* seinen eigenen Meineid beweisen müßte. Dagegen kann der beklagte Prokurator den ihm zugeschobenen Eid zurückschieben. Den zugeschobenen Eid (sowohl Konventional- wie Zwangseid) können sowohl der Kognitor wie der Prokurator leisten. D (12, 2) 9, 6, dazu Demelius, Schiedseid S. 48; Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 671 N. 1, 2; Debray, Cognitor S. 162 N. 1; D (3, 3) 39, 1, D (12, 2) 42, 2. Ein Zwang ist aber ausgeschlossen. D (12, 2) 34, 3, Demelius, S. 74 ff. Dem Kognitor hat ferner wohl auch

kann,[1]) daß ihm nicht gezahlt werden darf,[2]) daß er keinen Vergleich schließen kann,[3]) daß ihm die Substitutions-

die Befugnis zur *confessio in iure* gefehlt, nicht aber dem Prokurator. D (42, 2) 6, 4 Ulp. l. 5 de omnibus trib.: *Sed an et ipsos procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus: et non puto sufficere*, steht nicht entgegen, wie Debray, a. a. O. S. 161 meint. Durch die *confessio* des Prokurators wird der Dominus noch nicht liberiert, daher *non sufficit*. Wohl aber entsteht eine *actio iudicati* gegen den Prokurator. Erst die Litiskontestation auf Grund dieser Klage befreit den Prinzipal. Natürlich ist eine dem Kognitor oder Prokurator abgelegte *confessio* vollwirksam und erzeugt einen Exekutionsanspruch des Dominus beziehungsweise des Prokurators, welch letzterer bei Geltendmachung desselben *de rato* kavieren muß. Arg. D (3, 3) 39, 1. Auf eine *interrogatio in iure* kann der Prokurator wirksam antworten. D (3, 3) 39 pr., D (11, 1) 9, 4. Bezüglich des Kognitors ist die Frage unpraktisch, da z. B. der Erbe, der den Kognitor bestellte, bei dieser Gelegenheit wohl auch zur *interrogatio in iure* zur Verfügung stand.

[1]) D (12, 3) 7. Vgl. oben S. 121 ff.

[2]) D (46, 3) 86, D (2, 14) 13 pr., D (3, 3) 73, dazu Lenel, Pal. zu Paul. fr. 168 N. 5, 6, fr. 125 N. 1, fr. 1051 N. 7; Eisele, S. 92. Wach bei Keller, N. 716a hat diese Tatsache als Argument für das formelle *dominium litis* des Kognitors verwendet. Wenn Eisele, S. 105 gegen Wach polemisierend behauptet, daß *durante lite* weder dem Kognitor noch dem Prinzipal gezahlt werden konnte, so ist das wohl nicht zutreffend. Dagegen auch Rümelin, Stellvertretung S. 105, 106; Debray, S. 168 ff. Um die Beweiskraft dieses von Wach beigebrachten Argumentes aufzuheben, genügt indessen der Hinweis darauf, daß auch dem Mündel, der unter *auctoritas* des Tutors *litem* kontestiert hat, ohne *auctoritas* des Vormundes nicht gezahlt werden kann. Vgl. D (46, 3) 15.

[3]) D (2, 14) 13, dazu Lenel, Pal. zu Paul. fr. 125 N. 1, 2; Eisele, S. 71 N. 46, S. 94, 95. Vgl. anderseits D (20, 6) 7, 2; 8, 2,

befugnis[1]) und das Recht zu kompensieren[2]) fehlt. Es wäre ein direkter Stellvertreter denkbar, der alle diese Befugnisse hätte und umgekehrt kann man Prozeßsubjekt sein und doch diese Rechte nicht haben. Man denke z. B. an den Mündel, welcher unter *auctoritas* des Tutors die Streitbefestigung vollzogen hat.

Von Bedeutung scheinen hingegen folgende Argumente:

1. Zunächst die Konsumtion des Klagerechts des Prinzipals durch den klägerischen Kognitor. Wir können uns mit Eisele auf diesen Fall beschränken, da in der Befreiung des Prinzipals durch die Litiskontestation des beklagten Kognitors nichts liegt, was den Kognitor vom Prokurator unterscheidet. Diese Wirkung der Klage

---

dazu Dernburg, Pfandrecht II S. 542, 543; Vangerow, Pand. I § 127; Windscheid-Kipp, Pand.[8] I S. 1117 N. 2; Wlassak, Kognitur S. 31 N. 20, ferner C (2, 4) 7 = C. Greg. 2, 1, welch letztere Stelle sich wohl auf den Prokurator bezieht (Eisele, S. 106), D (2, 14) 12. Auch hier behauptet Eisele, S. 105, daß *durante lite* weder der Kognitor noch der Dominus zum Vergleichsabschlusse berechtigt gewesen sei. Eisele würde indessen direkt widerlegt werden durch Cic. pro Rosc. com. 11, 32, wenn diese Stelle mit Wlassak, S. 54 ff. auf den Formularprozeß zu beziehen ist. Vgl. auch Rümelin, S. 106.

[1]) Vgl. oben S. 100 ff.

[2]) Der Kognitor darf die von ihm eingeklagte Forderung nicht zur Kompensation verwenden, falls er *suo nomine* geklagt wird. Eisele, S. 96, D (16, 2) 18 pr., dazu Lenel, Pal. zu Papin. fr. 454 N. 1. Ferner kann der Beklagte mit einer ihm gegen den klägerischen Kognitor zustehenden Forderung ebensowenig aufrechnen (arg. D (16, 2) 23) wie der beklagte Kognitor mit einer Forderung, die er gegen den Kläger hat. Vgl. auch Eisele, S. 98.

des Kognitors würde sich leicht erklären, wenn wir in dem Kognitor einen echten Stellvertreter erblicken dürften. Denn dann hat in der Tat der Prinzipal geklagt. Eisele[1]) dagegen erklärt sich diese Wirkung der Streitbefestigung des Kognitors aus dem Wesen der *cognitoris datio* als *iussus*. „Die Begründung des Prozeßverhältnisses durch *litis contestatio* mit dem Kognitor ist ganz parallel mit der Begründung einer *obligatio* durch Stipulation zwischen dem *debitor delegatus* und dem Delegatar." Wie sich hier die novierende Kraft der Stipulation erkläre aus dem *iussus* des Deleganten, der den Delegaten ermächtigt, mit dem Delegatar zu kontrahieren, so dort die konsumierende Wirkung der Litiskontestation durch den an den Gegner gerichteten *iussus (cognitoris datio)*, mit dem Kognitor den Prozeßvertrag zu schließen.

Es soll Eisele zugestanden werden, daß die Erklärung möglich sei. Daß sie die allein richtige sei, will Eisele selbst zunächst noch nicht bewiesen haben. Er verweist uns auf die Ausführungen des folgenden Paragraphen (§ 20), aus denen hervorgehen soll, daß die hier gegebene Erklärung der Konsumtion der *actio* des Dominus die allein mögliche sei. Den Beweis hiefür findet Eisele[2]) in der Tatsache, daß die Konstituierung des Prozeßverhältnisses für und gegen den Kognitor eintrete und daher auch das Urteil für und gegen ihn gefällt werde. Das heißt mit anderen Worten: weil der Kognitor selbst die Streit-

---

[1]) A. a. O. S. 79 ff.

[2]) A. a. O. S. 83.

befestigung vollzieht, muß er auch Subjekt der durch sie geschaffenen Prozeßobligation werden. Darin liegt eine petitio principii. Denn es muß ja erst bewiesen werden, daß der Kognitor durch die Litiskontestation Prozeßsubjekt werde. Ist dies nicht der Fall, wird vielmehr der Prinzipal *dominus litis*, so ist der Kognitor eben direkter Vertreter. Eiseles Beweisführung vermag daher nicht zu überzeugen.

2. Die Vertreter der Auffassung, daß der Kognitor direkter Stellvertreter sei, erblicken einen Beweis für die unmittelbare Wirkung der Prozeßführung des Kognitors in dem Umstande, daß die *actio iudicati* für und gegen den Dominus gegeben werde.[1]) In dieser Form ist das Argument freilich nicht exakt. Man muß vielmehr fragen ob die aus dem Urteil entspringende Iudikatsobligation *obligatio domini* sei oder ob sie nicht vielmehr zuerst in der Person des Kognitors entstehe und dann erst durch die *actio iudicati* auf den Dominus übertragen werde. Nur wenn das erstere zutreffen sollte, könnte man vielleicht von direkter Stellvertretung reden.

Die *actio iudicati* für und gegen den Dominus wird gegeben, *datur*, nicht *competit*. Darauf hat Eisele[2]) aufmerksam gemacht und daraus weiter geschlossen, daß die Gewährung der *actio iudicati* immer erst auf Grund vorhergegangener *causae cognitio* erfolgte. Das letztere

---

[1]) Vgl. Zimmermann, stellvertretende neg. gestio S. 30; Wach bei Keller, Z. P. N. 716a.

[2]) A. a. O. S. 84.

ist gewiß richtig.[1]) Die *causae cognitio* war notwendig, weil in einer Reihe von Fällen der Kognitor mit der Urteilsklage haftete beziehungsweise sie ihm gegeben wurde.[2]) Lag aber ein solcher Grund, die *actio iudicati* auf den Kognitor zu übertragen, nicht vor, so mußte dieselbe für beziehungsweise gegen den Dominus gegeben werden. Mit dieser Erkenntnis ist jedoch das Verhältnis des Kognitors beziehungsweise des Dominus zur *actio iudicati* noch nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmt.

Man pflegt zu sagen, daß der Kognitor auf Grund des für oder gegen ihn ergangenen Urteils aktiv wie passiv zur *actio iudicati* wenigstens formell legitimiert sei. Was heißt es jedoch: der Kognitor ist zur Urteilsklage formell legitimiert? Will man damit lediglich sagen, daß der Kognitor zur *in ius vocatio* und *editio actionis* berechtigt beziehungsweise verpflichtet sei, der ersteren zu folgen,[3]) so ist darauf zu erwidern, daß hiezu der

---

[1]) Vgl. auch Lenel, l'Édit II S. 140 = E. P. S. 326. Dagegen allerdings Rümelin, S. 107, 108. Vgl. aber D (3, 3) 28 Ulp.: *iudicati actio mihi* ***indulgetur*** und dazu etwa D (4, 3) 9, 5 Ulp. bezüglich der *actio doli*: *merito* ***causae cognitionem*** *praetor inseruit: neque enim passim* ***haec actio indulgenda est.***

[2]) Vor allem als *cognitor in rem suam*, ferner wenn er *liti se optulit* oder *defensoris loco cautio iudicatum solvi* geleistet hatte. D (3, 3) 61, D (42, 1) 4 pr. Vgl. ferner D (3, 3) 31 pr. Auch konnte der klägerische Kognitor sein Retentionsrecht wegen der Prozeßkosten geltend machen. D (3, 3) 30. Vgl. auch Eisele, S. 85.

[3]) Dies scheint die Ansicht Wengers, actio iudicati S. 185 zu sein.

Begriff der „formellen Legitimation" entbehrlich ist. Denn es handelt sich hier um *res merae facultatis*. Man kann jedoch mit dem Begriff, formelle Legitimation des Kognitors zur *actio iudicati*, noch den exakteren Sinn verbinden, daß der Kognitor lediglich auf Grund des Urteils solange aktiv wie passiv zur Urteilsklage zugelassen werden muß, bis der Beweis erbracht ist, daß ihm die materielle Legitimation fehlt.[1]) Der klägerische Kognitor könnte demnach, gestützt auf das zu seinen Gunsten lautende Urteil, die *actio iudicati* erheben und ruhig abwarten, bis seitens des Gegners oder des Dominus ihm bewiesen wird, daß er nicht *cognitor in rem suam* sei. Umgekehrt wäre der beklagte Kognitor solange einlassungspflichtig, als er oder der Prinzipal beweist, daß er nicht als Kognitor auf eigene Rechnung bestellt worden sei.[2]) Es hätte also *in iure* immer das negative Moment, daß der Kognitor nicht *in rem suam* sei, bewiesen werden müssen. Dieses Resultat steht in direktem Widerspruch zu den Quellen, welche für die *actio iudicati* vom klägerischen Kognitor den Nachweis verlangen, daß er *cognitor in rem suam* beziehungsweise für die Urteilsklage speziell als Kognitor bestellt worden sei.

Vgl. D (3, 3) 28 Ulpian. l. 1 disput.:

---

[1]) In gleicher Weise ist z. B. der Besitzer eines Inhaberpapieres formell legitimiert, Zahlung zu verlangen, bis ihm seitens des Schuldners die mangelnde Befugnis hiezu nachgewiesen wird.

[2]) Vgl. auch Eisele, S. 112.

quae res facit, ut cognitor (D: procurator[1]) *meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli:* ***sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem cognitor*** (D: procurator[1]) ***factus.***

Vgl. ferner D (3, 3) 25 Ulpian. l. 9 ad ed.:

plane si dicat in rem suam se cognitorem (D: procuratorem[2]) *datum* ***et hoc probaverit,*** *non debet carere propria lite.*

Von einer „formellen Legitimation" des Kognitors zur *actio iudicati* kann also keine Rede sein. Vielmehr ist es gerade der Prinzipal, der unter allen Umständen zur Urteilsklage formell legitimiert ist. Auf Grund des zugunsten des klägerischen Kognitors gefällten Urteils ist er sofort[3]) zur *actio iudicati* berechtigt und es ist Sache des Gegners, eventuell des Kognitors, ihm die fehlende Aktivlegitimation nachzuweisen, indem dargetan wird, daß der Kognitor *in rem suam* bestellt worden sei. Umgekehrt wird der Prinzipal, wenn sein Kognitor verurteilt wird, sofort mit der *actio iudicati* haftbar. Der Kläger hat sich zunächst an ihn zu halten[4]) und der

---

[1]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 33 N. 1, 4.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 314 N. 3.

[3]) D. h. nach Ablauf des *tempus iudicati.*

[4]) Das ist m. E. der Normalfall. A. M. Eisele, S. 112. Für Eisele scheint zu sprechen D (42, 1) 4 pr. Ulpian. l. 58 ad ed.: *Si se non optulit cognitor* (D: procurator, Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1370 N. 4) *iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur* rell. Die Stelle scheint vorauszusetzen, daß der Kognitor angegangen worden sei. Vgl. auch Wenger, actio iudicati S. 185. Es fällt mir natürlich nicht ein zu leugnen, daß der Kognitor *in ius* voziert

Prinzipal hat die fehlende Passivlegitimation zu beweisen, wenn der Kognitor *in rem suam* war. Der Kognitor kann, wenn er vom Kläger angegangen wird, die Einlassung solange weigern, bis ihm derselbe nachweist, daß er *cognitor in rem suam* sei. Würde demnach der Kognitor unter Verzicht auf diesen Nachweis die *actio iudicati* übernehmen, so wäre er *defensor* und der Kläger könnte von ihm *cautio iudicatum solvi* verlangen. Umgekehrt könnte der Beklagte vom klägerischen Kognitor *cautio rati* fordern, falls derselbe ohne den Nachweis daß er Kognitor auf eigene Rechnung sei, die Urteilsklage geltend machen wollte. Der Kognitor hat also

---

werden kann. Man darf nur m. E. den Grund hiefür nicht in eine besonderen formellen Legitimation des Kognitors zur *actio iudicati* suchen. Vgl. übrigens das m. E. viel beweisendere fr. 61 D (3, 3 Paul. l. 1 ad Plautium: *cognitorem* (D: procuratorem, Lenel, Pal. zu Paul. fr. 1074 N. 11) *damnatum non debere conveniri, nisi . . . optulisset se, cum sciret cautum non esse* rell. Die Haftung des Kognitors, der *liti se optulit*, mit der *actio iudicati* darf - - nebenbei bemerkt — nicht aus dem Gesichtspunkte der Strafe erklärt werden, wozu das *liti se offerre* sowie die Ausdrucksweise von Paulus Anlaß geben könnte. Der Kognitor, der *litem* kontestiert, *cum sciret cautum non esse*, täuscht den Kläger nicht, da der letztere ja weiß, daß keine *cautio iudicatum solvi* seitens des Dominus geleistet worden ist. Der Kognitor wurde in einem solchen Falle vielmehr als Defensor behandelt. Denn er vollzog die Streitbefestigung, obwohl er nicht einlassungspflichtig war. D (3, 3) 8, 3. Der Kläger aber hatte den Anspruch auf *cautio iudicatum solvi* gegen den Defensor verwirkt, wenn er es, ohne denselben geltend gemacht zu haben, zur Litiskontestation kommen ließ. D (46, 7) 5, 3.

gegenüber der *actio iudicati* die Stellung eines Prokurators.[1])

In diesem Zusammenhange sei auch auf die bereits mehrfach beobachtete[2]) Erscheinung hingewiesen, daß die aus der Prozeßführung des Kognitors entspringende *actio iudicati* niemals *utilis* genannt wird. Die Erklärung Wengers,[3]) der neuestens diese Frage berührt hat, ist m. E. nicht ganz befriedigend. Die *actio iudicati* soll deshalb nicht *utilis* sein, „weil es hier, wenn entschieden war, für und gegen wen im einzelnen Falle die *actio iudicati datur* oder *denegatur*, zu einer Formelerteilung,

---

[1]) Die Geltendmachung des Urteilsanspruches erfolgte m. E. normalerweise vom beziehungsweise gegen den Prinzipal. Selbstverständlich konnte die Prozeßeinleitung auch vom Kognitor ausgehen beziehungsweise gegen ihn statthaben und dies namentlich dann, wenn der Kognitor in *rem suam* war. Daß aber der Prätor, weil dem Kognitor die formelle Legitimation fehlte, die Berechtigung desselben zur *actio iudicati* von amtswegen zu prüfen hatte, daran ist m. E. nicht zu denken. Man wird höchstens annehmen dürfen, daß der Prätor den geklagten abwesenden Kognitor nicht als indefens behandelte, wenn ihm der Kläger nicht die *cognitura in rem suam* nachwies, und unter der gleichen Voraussetzung auch dem klägerischen Kognitor nicht die *missio in bona* bewilligte. In praxi mochte allerdings die im Texte dargestellte prinzipielle Gestaltung der Beweislast nicht so hervortreten, da der Prätor vor Gewährung der *actio iudicati* in der Regel wohl den Kognitor wie den Prinzipal hörte und daher die Legitimationsfrage in den meisten Fällen durch Einvernahme beider glatt erledigt wurde.

[2]) Vgl. die bei Wenger, actio iudicati S. 184 N. 21 angeführten Schriftsteller.

[3]) A. a. O. S. 184 N. 21.

die allein wegen der Formelkonzipierung den Ausdruck *utilis* rechtfertigt, in der Regel gar nicht kam." Allein die Frage, ob eine *actio utilis* sei oder nicht, hat mit der Formelkonzipierung nichts zu tun, sondern gehört vielmehr ausschließlich dem materiellen Rechte an. *Utilis actio* liegt dann vor, wenn eine Klage über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet hinaus ausgedehnt wird, gleichgiltig ob die Quelle dieser Erweiterung im prätorischen oder im Zivilrecht liegt. Die Formel kann dabei fiktizisch, *in factum* oder transpositizisch konzipiert sein.[1]) Es ist daher m. E. kein Zufall, daß an einer Stelle[2]) die *actio iudicati* gegen den Kuranden *utilis* genannt wird. Die Übertragung der *actio iudicati* vom Tutor (Kurator) auf den Mündel (Kuranden) beruht auf Kaiserreskripten, also auf Zivilrecht.[3]) Aber der Tutor (Kurator) hat doch noch immer

[1]) Vgl. jedoch Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung S. 157 ff. und dagegen Lenel, l'Édit I S. 231, 232 = E. P. S. 159, 160. *Actio utilis* als *actio in factum* z. B. D (9, 2) 9 pr. § 2, als *formula* mit subjektiver Umstellung, die *actio utilis* des Zessionars.

[2]) C (5, 39) 1 Caracalla a⁰. 213: *Iuliana, cuius tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum aetatis egressa est, actio iudicati utilis adversus ipsam bonaque eius exercenda est.* rell. Die Erklärung Bethmann-Hollwegs, Z. P. II S. 444 N. 154, daß *utilis* hier soviel wie „wirksam" bedeute, ist doch nur ein Notbehelf.

[3]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 139 = E. P. S. 326; Eisele, Kognitur S. 99; Wenger, actio iudicati S. 178. Ob die aus der Prozeßführung des Kognitors für und gegen den Dominus entspringende *actio iudicati* auf Zivil(Juristen)- oder prätorischem Recht beruht, ist fraglich, da die Existenz eines Ediktes über die Übertragung der *actio iudicati*, wenn auch nicht wahrscheinlich, so doch nicht ausgeschlossen ist. Vgl. Wenger, l. c.; Lenel, l. c.

die Stellung eines Prokurators, wenn er namens des Schutzbefohlenen klagt oder geklagt wird. Er muß wenigstens bei mangelnder Liquidität der Legitimation noch immer *de rato* kavieren, muß *cautio iudicatum solvi* leisten,[1]) kann nach der Litiskontestation einen Substituten ernennen[2]) usw. Dies ist nicht ohne Einfluß auf sein Verhältnis zur *actio iudicati*. Der Tutor ist im Gegensatz zum Kognitor zur Urteilsklage immer formell legitimiert. Denn wenn nicht der Tutor, sondern der Mündel mit der *actio iudicati* haftet, so geschieht dies aus dem Gesichtspunkt des *liti se non offerre* des Tutors.[3]) Das ist nicht ohne praktische Bedeutung. Wenn der Tutor gleichwohl die *actio iudicati* übernimmt, so übernimmt er sie *suo nomine*, nicht als Defensor wie der Kognitor, braucht also nicht *cautio iudicatum solvi* zu leisten. Insoferne ist es gewiß richtig, daß die Iudikatsobligation zunächst in der Person des Tutors entsteht und erst von diesem auf den Mündel übertragen wird. Daher ist auch die *actio iudicati* gegen den Mündel *utilis* ebenso wie sie *utilis* wäre, wenn der Prätor sich einmal ausnahmsweise veranlaßt gesehen hätte, aus der Prozeßführung des Prokurators die *actio iudicati* für und gegen den Dominus zu gewähren.[4])

---

[1]) Vgl. Wenger, a. a. O. S. 195.

[2]) C (2, 12) 11, 2.

[3]) Vgl. darüber die Darstellung bei Wenger, a. a. O. S. 189 ff.

[4]) Ich betone dies gegen Eisele, Kognitur S. 86, der in dieser Beziehung die *actio iudicati* aus dem gegen den Kognitor erflossenen Urteil mit der Urteilsklage des Prokurators vollständig identifiziert. In klassischer Zeit kam indessen eine Übertragung der *actio iudicati*

Dürfen wir nach den bisherigen Ausführungen die oben gestellte Frage, ob die Prozeßführung des Kognitors unmittelbar für und gegen den Prinzipal wirke, ob daher die Iudikatsobligation sofort mit dem Urteile direkt in der Person des Dominus entstehe und nicht erst vom Kognitor auf ihn übertragen werde, bejahen? So nahe dies vielleicht gelegen wäre, so können doch einige Bedenken nicht verschwiegen werden. Vor allem ist aufmerksam zu machen auf die Konzipierung der Formel der *actio iudicati*. Wir wissen, daß diese Formel zivilrechtlich war, wenn das Urteil im legitimen Prozeß, honorarisch dagegen, wenn es im *iudicium imperio continens* ergangen war.[1]) Was nun die Formel der aus der Prozeßführung des Kognitors entspringenden *actio iudicati* anbelangt, so ist die Annahme Eiseles,[2]) daß die Formel transpositizisch abgefaßt war, gewiß richtig für die von Eisele[3]) vorgeschlagene *formula in factum*. Also:

Si paret N^m N^m (Kognitor) *A^o A^o HS X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse, L.*

---

vom Prokurator auf den Prinzipal wohl kaum vor. Vgl. Vat. fr. 332: *Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori qui vicit denegatur.* Die Berufung Eiseles auf die von der *translatio iudicii* handelnden fr. 17 ff. D (3, 3) ist unzulässig, da diese Fragmente sich auf den Kognitor beziehen, was Eisele allerdings noch unbekannt war.

[1]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 186; Wenger, actio iudicati S. 111 ff. Anders noch Lenel, E. P. S. 355.

[2]) Kognitur S. 87.

[3]) Abhandlungen zum röm. Z. P. S. 155.

[illegible]

[illegible] angenommenen [illegible] *indicatum facere oportere*? Wenn [illegible] mit dem [illegible] in der Person [illegible], so erscheint es nur konsequent [illegible], daß die *intentio* auf den Namen des Prinzipals [illegible], obwohl nicht er, sondern der Kognitor [illegible] worden war. Diese Annahme ist aber, wenn auch nicht undenkbar, so doch ganz beweislos.

Man könnte ferner einwenden, daß die Urteilsklage des Prinzipals, wenn auch nicht mehr in klassischer Zeit, so doch in einem früheren Stadium der Entwicklung in der Tat *actio utilis* gewesen sei und daraus weiter folgern, daß ursprünglich die *actio iudicati* gegen den Kognitor selbst gegangen sei,*) obwohl ich an die Existenz eines Kognitors, der sich vom Prokurator lediglich durch die Solidität des Bestellungsaktes unterschied, nicht recht zu glauben vermag und es daher für wahrscheinlicher halte, daß von allem Anfange an die *actio iudicati* aus der Prozeßführung des Kognitors für und gegen den Dominus [illegible] wurde.

[illegible] Tatsache, daß die [illegible] den Namen des Vor- [illegible]

[illegible]

Partei, d. h. Subjekt der Prozeßobligation sein. Rein logisch genommen ist indessen dieses Argument gar nicht zwingend. Es gibt im modernen Prozeß genug Fälle, in denen das Urteil auf den Namen von Personen ergeht, welche nicht Prozeßsubjekte sind. Ich erinnere nur an Urteile für und gegen die Firma,[1]) gegen den nicht rechtsfähigen Verein nach § 50/2 d. Z. P. O.[2]) Der Tatsache, daß das Urteil auf den Namen des Kognitors lautet, wäre demnach auch Rechnung getragen, wenn man den Kognitor als Partei im formellen Sinne auffaßt. (Formeller Parteibegriff.)[3])

Viel schwerer wiegt der Einwand,[4]) daß bei Annahme direkter Stellvertretung durch den Kognitor es nicht recht einzusehen wäre, warum die Römer nicht gestattet haben sollten, daß der Kognitor mit einer Streit-

[1]) Vgl. § 124 d. H. G., Art. 111 H. G.

[2]) Vgl. auch §§ 17, 22, 171, 184 d. Z. P. O.

[3]) In diesem Sinne kann man von einem „formellen *dominium litis* des Kognitors" sprechen. Vgl. oben S. 130 N. 1. Eiseles (Kognitur S. 104) Einwand, daß die Annahme eines formellen *dominium litis* des Kognitors, eines materiellen des Prokurators den Gegensatz zwischen *procurator* und *procurator in rem suam* nicht begreiflich erscheinen lasse, verstehe ich nicht.

[4]) Man könnte auch die Vertragsnatur der Litiskontestation geltend machen und einwenden, es sei doch innerlich unwahrscheinlich, daß das römische Recht, welches bei Verträgen Stellvertretung nicht kannte, dieselbe für den Prozeßbegründungsvertrag anerkannt habe. Allein die Litiskontestation ist ein prozessualer Vertrag und steht unter den Normen des Prozeß- und nicht des Privatrechts. Derartige Analogieschlüsse sind daher immer bedenklich. Vgl. Wlassak, L. K. S. 61.

urkunde, deren *condemnatio* auf den Prinzipal gestellt war, die Streitbefestigung vollzog. Allein darf man mit Wlassak[1]) annehmen, daß der Ursprung der Kognitur im Fremdengericht des Peregrinenprätors zu suchen sei und daß die Übernahme derselben durch den Prätor und die Jurisprudenz[2]) in das Bürgergericht in Anlehnung an die bereits bestehende Prozeßprokuratur[3]) erfolgte, so darf man vielleicht auch der Vermutung Ausdruck geben, daß die kognitorische Formel nur eine äußerliche Nachbildung der älteren prokuratorischen war. Freilich ist dieser Erklärungsversuch ebenso unsicher und hypothetisch wie die ganze Entstehungsgeschichte der Kognitur überhaupt.[4])

4. Gegen die Auffassung des Kognitors als Prozeßsubjekt, als unechten Stellvertreter scheint wiederum der Umstand zu sprechen, daß der Prozeß nach dem Tode des Kognitors nicht auf dessen Erben, sondern auf den Prinzipal übergeht, daß der Kognitor als solcher kein Recht hat, im Prozesse zu bleiben,[5]) wenn ich auch zugebe, daß diese Argumente nicht entscheidend sind. Denn diese Rechtssätze erfuhren, wenn auch erst in nachklassischer Zeit, Anwendung auf den Prokurator[6]) und

---

[1]) Kognitur S. 70 ff.

[2]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 139 = E. P. S. 326.

[3]) Wlassak, neg. gestio S. 46 ff., Kognitur S. 72 N. 53.

[4]) Gegen Wlassaks Aufstellungen vgl. namentlich Eisele, Kognitur S. 14 ff., Beiträge S. 93 ff.

[5]) Vgl. oben S. 92 ff., 109.

[6]) C (2, 12) 22, C. Th. (2, 12) 7.

zwar zu einer Zeit, als man ihn noch nicht auch bezüglich der *actio iudicati* dem Kognitor gleichgestellt hatte.[1])

5. Schließlich möchte ich noch auf einen Fall verweisen, in welchem die Konstruktion des Kognitors als unechten Stellvertreter auch praktisch zu Schwierigkeiten führt. Der Fall ist allerdings in den Quellen nicht enthalten und ich bin daher weit entfernt, ihn als entscheidenden Beweis anzusehen.

Der Fall ist folgender: Ein *filius familias* wird mit einer Deliktsklage belangt und bestellt einen Kognitor,[2]) der in seinem Namen die Litiskontestation vollzieht. *Durante lite* stirbt der *filius*. Der Prozeß geht gegen den Kognitor weiter[3]) und derselbe wird verurteilt. Wie steht es mit der *actio iudicati*? Man würde zunächst an eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber denken. Allein eine Pekuliarklage aus Delikten gibt es

[1]) Vgl. C. Th. (2, 12) 7 i. f.

[2]) Das kann er. Vgl. D (3, 3) 8 pr. Ulp. l. 8 ad ed.: *Filius familias et ad agendum dare cognitorem* (D: procuratorem, Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 305 N. 5) *potest, si qua sit actio, qua ipse experiri potest: non solum si castrense peculium habeat, sed et quivis filius familias . . ad defendendum quoque poterit filius familias cognitorem* (D: procuratorem, Lenel, l. c.) *dare* rell.

[3]) Arg. D. (3, 3) 15 pr. Ulp. Über die Interpolation Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 311 N. 1, 3, 4. Denn wenn der Kognitor nach dem Tode des Dominus sogar noch zur Streitbefestigung legimitiert ist, so liegt um so weniger ein Grund vor, ihn zur Fortführung des Prozesses nicht für berechtigt und verpflichtet zu halten, wenn der Prinzipal *durante lite* stirbt. Vgl. auch C (2, 12) 23.

nicht.[1]) Nun haben allerdings die römischen Juristen aus dem gegen den Haussohn auf Grund einer Deliktsklage ergangenen Urteile eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber aus dem Gesichtspunkte zugelassen, daß der Haussohn doch mit der Streitbefestigung einen Vertrag geschlossen habe und dadurch die Basis für die Anwendung des Edikts: *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit* geschaffen sei.[2]) Allein selbst diese Konstruktion muß in unserem Falle versagen, wenn man den Kognitor als unechten Vertreter betrachtet. Denn es hat ja dann der Kognitor den Prozeßvertrag geschlossen, er ist Subjekt der Prozeßobligation geworden. Anderseits konnte man doch nicht den Kognitor mit der *actio iudicati* haftbar machen, da ja dieselbe, wenn der Haussohn noch die Urteilsfällung erlebt hätte, gegen jenen gegangen wäre.[3]) Alle diese Schwierigkeiten verschwinden, wenn man den Kognitor als direkten Stellvertreter auffaßt. Dann ist es der Prinzipal, der *filius familias* also, der durch die Streitbefestigung des Kognitors Prozeßsubjekt wird, und es kann daher der oben erwähnte Gesichtspunkt des *iudicio contrahere* ohne Bedenken verwertet werden, um

---

[1]) D (50, 17) 58 Ulp. l. 2 disput.: *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.*

[2]) D (15, 1) 3, 11. Das Nähere darüber im nächsten Kapitel.

[3]) Aus diesem Grunde habe ich angenommen, daß der *filius familias durante lite* stirbt. Anderenfalls könnte es zweifelhaft erscheinen, ob nicht aus dem Gesichtspunkte, daß nach dem Urteile der Haussohn mit der *actio iudicati* hafte, eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber sich rechtfertigen ließe.

eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber zu rechtfertigen.

Ich will mit diesem Beispiel die Erörterung der Frage, ob der Kognitor direkter Stellvertreter sei, schließen. Sie hat die eingangs der Untersuchung gemachte Bemerkung, daß es sich im wesentlichen um eine mehr oder minder rein theoretische Frage, mit welcher sich die römischen Juristen nicht beschäftigt haben,[1]) handle, nur bestätigt. Die Überprüfung der meines Dafürhaltens wichtigeren Argumente pro und contra hat ergeben, daß keiner der für die eine wie für die andere Ansicht vorgebrachten Gesichtspunkte als wirklich entscheidend anzusehen ist, und wir müßten in der Entstehungsgeschichte der Kognitur klarer sehen, als es bei dem derzeitigen Quellenstande möglich ist, wollten wir eine sichere Entscheidung der Frage geben. Es ist daher vielleicht sehr subjektiv, wenn ich die Auffassung des Kognitors als direkten Stellvertreter für die wahrscheinlichere halte und demnach in der kognitorischen Translation nicht den Tatbestand einer prozessualen Sukzession, sondern lediglich des Widerrufs der kognitorischen Vollmacht erblicke. Daß hiebei die *translatio iudicii* immer erst *causa cognita* erfolgt und daher der Widerruf der kognitorischen Vollmacht wie die Bestellung eines neuen Anwalts *durante*

[1]) Man beachte aber immerhin Gai. IV 97: *cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur*, und IV 84: *procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur.*

lite nicht in das freie Belieben des Prinzipals gestellt ist, ist kein Widerspruch, wie Eisele[1]) meint. Ich habe schon oben[2]) hervorgehoben, daß sich die *causae cognitio*, abgesehen von der Möglichkeit einer Kognitur auf eigene Rechnung, vielmehr einfach daraus erklärt, daß der Prätor seine zur *translatio* erforderliche Mitwirkung behufs Abänderung der Formel nicht bloßen Launen der Parteien zur Verfügung stellt. Ich möchte auch in diesem Punkte[3]) den Kognitor mit dem Anwalt des modernen Anwaltsprozesses in Vergleich stellen. Der Widerruf der Prozeßvollmacht erlangt hier dem Gegner gegenüber erst Wirksamkeit durch Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts.[4]) Wie also hier der Widerruf der Prozeßvollmacht eingeschränkt ist im Interesse der kontinuierlichen Fortführung des Prozesses, so in Rom durch die Gestaltung der kognitorischen Formel, welche der Prätor *ex iusta causa*, nicht nach Belieben der Parteien abändert.

§ 7.

Es erübrigt noch zur vollständigen Darstellung der Prozeßtranslation bei Intervention von Prozeßvertretern die Translationsfälle zu erörtern, welche sich bei Intervention eines Tutors oder Kurators ergeben können.

---

[1]) Kognitur S. 106.

[2]) S. 94, 95.

[3]) Vgl. oben S. 124 N. 3.

[4]) § 87/1 d. Z. P. O., § 36/1 ö. Z. P. O.

Der Tutor beziehungsweise der Kurator kann in Prozessen des Mündels beziehungsweise des Kuranden auf zweierlei Weise intervenieren:

a) Er kann den Mündel (Kuranden[1]) selbst prozessieren lassen und zur Streitbefestigung desselben *auctoritas (consensus)* erteilen,

b) er kann aber auch als Vertreter des Mündels (Kuranden) den Prozeß übernehmen. In diesem Falle hat er

---

[1]) Ob dem *minor*, der einen Kurator hat, schon in der ersten Zeit des Bestehens einer allgemeinen *cura minorum* die *legitima persona standi in iudicio* gemangelt habe, ist zweifelhaft. Die *cura minorum* bot nach der in der neueren Literatur (vgl. Girard, Manuel[3] S. 229, 230; Roby, Roman private law (Cambridge 1902) I S. 125 N. 1, S. 123 N. 3; Windscheid-Kipp, Pand.[8] I S. 280 N. 8) herrschenden Ansicht dem *minor* zunächst nur faktischen Schutz und hatte nicht eine Minderung der Handlungsfähigkeit desselben zur Folge. (Vgl. D. (45, 1) 101 Modestin. Die Literatur zu dieser vielbesprochenen Stelle bei Windscheid-Kipp, l. c.) Die Prozeßfähigkeit fehlte dem *minor curatorem habens* schon zur Zeit der severischen Juristen. Das ergibt D (42, 5) 5 Ulpian. (Vgl. auch D (42, 4) 7 §§ 10, 11 und dazu Solazzi im Bulletino dell' Ist. di dir. Rom. 1904 Sep.-Abdruck S. 22 ff.). D (26, 7) 1, 3 ist interpoliert. Gradenwitz, Interpolationen S. 99, 100. Indessen tauchen auch bald sichere Belege für die Prozeßunfähigkeit des *minor* schlechtweg, nicht nur des *minor curatorem habens* auf. Schon Caracalla verordnet in c. 1 C (5, 31) a⁰. 214, daß dem *minor* zum Prozessieren ein Kurator bestellt werden müsse, und aus I (1, 23) 2 erfahren wir, daß ein solcher Kurator auch wider Willen des *minor* ernannt werden konnte. Diocletian C (3, 16) 2 a⁰. 294 erklärt expressis verbis, daß dem *minor* die Prozeßfähigkeit fehle und er zum giltigen Prozessieren des Konsenses des Kurators bedürfe. Zur ganzen Frage vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 289—292.

im allgemeinen die Stellung eines Prokurators.[1]) Nur dieser Weg steht dem Tutor (Kurator) offen, wenn der Mündel *infans* oder *absens*, der Kurande *absens* ist.[2])

Was nun die *translatio iudicii* betrifft, so kann der Tutor (Kurator), wenn er als Prozeßvertreter des Mündels (Kuranden) fungiert, selbstverständlich Prozeßtranslation auf einen Substituten (Kognitor oder Prokurator) erwirken, da er ja mit der Litiskontestation *dominus litis* wird.

C (2, 12) 11, 2 = C (5, 61) 2 Alexander a°. 229:

Ipsi autem tutores et curatores post litis contestationem a se factam ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores [vel cognitores ?] *non prohibentur.*

Ebenso hat es dem Mündel (Kuranden) freigestanden, wenn er unter *auctoritas (consensus) tutoris (curatoris)* die Streitbefestigung vollzogen hatte, einen Prokurator oder Kognitor unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters zu bestellen und auf diesen den Prozeß zu transferieren.

---

[1]) Belege bei Keller-Wach, Z. P. N. 624. Vgl. ferner Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 444; Wenger, actio iudicati S. 189 ff.

[2]) D (26, 7) 1, 2 dazu Gradenwitz, Interp. S. 99; Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 992 N. 3; Buhl, Salvius Iulianus I S. 151; Wenger, actio iudicati S. 193 ff. Die Stelle lautet nach der m. E. durchaus zutreffenden Rekonstruktion Wengers, a. a. O. S. 197 N. 20: *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus: ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant.*

Vgl. C. (2, 12) 11, 1 Alexander a°. 229:

Pupillus autem vel pupilla vel adultus vel adulta tam ad agendum quam ad defendendum tutore seu curatore interveniente procuratorem ordinare possunt.

Alle diese Fälle gehören unter die bereits besprochene kognitorische und prokuratorische Translation und bedürfen daher keiner besonderen Erörterung. Von Belang sind für uns vielmehr nur jene Translationsfälle, welche dem Vormundschaftsrechte eigentümlich sind, d. h. sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen gesetzlichem Vertreter und Schutzbefohlenem ergeben. Zu solchen Prozeßtranslationen vom Tutor (Kurator) auf den Mündel (Kuranden) war während der Dauer der gesetzlichen Vertretung kaum Anlaß. Hier war für alle Eventualitäten durch die kognitorische beziehungsweise prokuratorische Translation ausreichend vorgesorgt.

Anders lag die Sache bei Beendigung der Tutel (Kuratel). War der Tutor in diesem Zeitpunkte als Defensor des Mündels im Prozesse, so war es für ihn vorteilhafter, den Prozeß auf den Mündel abzuwälzen als selbst das Urteil gegen sich ergehen zu lassen und sich im Regreßwege Ersatz zu holen. Umgekehrt war für den Mündel die Rechtslage besser, wenn der vom Tutor als Kläger angestrengte Prozeß auf ihn überging als wenn der Tutor denselben zu Ende führte und erst die Zession der *actio iudicati* mit der *actio tutelae* von ihm erzwungen beziehungsweise mit dieser Klage Schadensersatz verlangt werden mußte, falls der Tutor wegen schlechter Prozeßführung sachfällig geworden war. Eine neue Klage des ehemaligen Mündels

gegen den Schuldner war ausgeschlossen, da nach klassischem Prozeßrechte der Tutor das Klagerecht des Mündels konsumierte. Die Möglichkeit einer Prozeßtranslation vom Tutor auf den Mündel beziehungsweise umgekehrt war also für die erwähnten Fälle praktisch nicht ohne Bedeutung und wir besitzen in der Tat eine allerdings sehr späte Quelle, welche einer solchen *translatio iudicii* Erwähnung tut. Es ist dies c. 26, 3 C (5, 37) Justinian. a⁰. 531:

> *Invenimus autem generaliter definitum post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri.*

Die Stilisierung dieses Kaisererlasses[1]) weist deutlich darauf hin, daß Justinian nicht neues Recht einführen, sondern sich auf bereits bestehendes berufen will. Die Bestimmung, daß schwebende Prozesse, die der Vormund (Kurator) für den Mündel (Kuranden) *ex necessitate officii* übernommen hat, auf jenen übergehen sollen, bezieht sich nach dem Wortlaut der Stelle nur auf den Fall, daß die Vormundschaft (Kuratel) durch Eintritt der Pubertät (Volljährigkeit) der Schutzbefohlenen beendigt wird. Die sonstigen Beendigungsgründe der Vormundschaft (Kuratel) mögen daher einstweilen außer Betracht bleiben.

Drei Fragen sind bei der Interpretation dieser Stelle zu beantworten.

---

[1]) *Invenimus autem generaliter definitum.*

1. Auf welche Prozesse des Tutors (Kurators) bezieht sich die Verordnung Justinians?

2. Welcher Art ist die juristische Gestaltung dieser Prozeßtranslationen?

3. Aus welcher Zeit stammt der Rechtssatz, auf den sich Justinian beruft?

Ad 1. Der Tutor[1]) kann, wenn wir uns zunächst auf Passivprozesse beschränken, in diesen sowohl *alieno* wie *suo nomine* prozessieren:

a) alieno nomine, indem er als *defensor pupilli* auftritt bei Verpflichtungen, die in der Person des Mündels selbst entstanden sind, sei es, daß der Mündel unter *auctoritas tutoris* sich verpflichtet hat, sei es, daß es sich um Schulden handelt, die dem Mündel infolge Erbschaft erwachsen sind,

b) suo nomine auf Grund von Verpflichtungen, die der Tutor in Verwaltung der Vormundschaft im Interesse des Mündels selbst eingegangen hat.

Justinian spricht von *actiones, quas tutor vel curator* ***ex necessitate officii*** *subierit.* Die Ausdrucksweise ist zweideutig. Man könnte, wenn man den Ton auf ***actiones***, *quas tutor* ***ex necessitate*** *subierit* legt, den von Justinian berufenen Rechtssatz nur auf diejenigen Fälle beziehen, in denen der Tutor gegenüber Klagen aus Verpflichtungen des Mündels die Defension übernehmen muß, weil der

---

[1]) **Ich spreche im folgenden der Kürze halber nur vom Tutor. Das im Text Ausgeführte bezieht sich indessen mutatis mutandis auch auf den Kurator.**

Mündel *absens* oder *infans* ist. Die Basiliken 38, 8, 39[1]) sind allerdings einer solchen Deutung nicht günstig, wie die daselbst angeführten Beispiele zeigen:

ὡς ἔνθα τυχὸν ἐξ ἀνάγκης ὁ ἐπίτροπος ἐδανείσατο δαπάνης δεηθεὶς περὶ τὰ ὀρφανικὰ πράγματα, ἢ ἐπηρωτήθη τὴν περὶ μελλούσης ζημίας ἀγωγὴν ὑπὲρ οἰκημάτων ὀρφανικῶν.[2])

Die Basiliken beziehen den Erlaß Justinians auch auf Klagen aus Verpflichtungen, die der Tutor in Verwaltung der Vormundschaft selbst übernommen hat und diese Auffassung dürfte wohl die richtige sein. Sie wird noch gestützt durch die Beobachtung, daß schon nach dem Rechte der severischen Zeit die *actio iudicati* aus Urteilen gegen den Tutor nach Beendigung der Vormundschaft stets gegen den Mündel ging, ohne daß hiebei unterschieden wurde, ob der Tutor nur als Defensor oder *suo nomine* kondemniert worden war.

Vgl. D (2, 11) 15 Papinian. l. 2 quaest.:

Si tutor vadimonium (D: iudicio sisti[3]) *promiserit et stipulationi non obtemperaverit, et interea pupillus adoleverit aut mortem obierit aut etiam abstentus sit hereditate: denegabitur ex stipulatu actio. nam et ipsius rei quae petebatur, si tutor iudicatus fuerit et*

---

[1]) Heimbach, III S. 762.

[2]) In Heimbachs, l. c. Übersetzung: ut si forte tutor ex necessitate pecuniam mutuam sumserit, sumtibus indigens in res pupillares, vel si promiserit ex causa damni infecti pro aedibus pupillaribus.

[3]) Lenel, Pal. zu Papin. fr. 78 N. 2.

eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem iudicati probatum est.[1])

C (5, 39) 1 Caracalla a⁰. 213.[2])

Man wird daher unter die *actiones, quas tutor ex necessitate officii subierit* sowohl Klagen, aus welchen der Vormund als Defensor wie solche, aus denen er *suo nomine* belangt wird, subsumieren dürfen und demnach *ex necessitate officii* mit „in ordnungsmäßiger Ausübung des vormundschaftlichen Amtes" übersetzen müssen.[3]) Allerdings gibt es eine Reihe von Verpflichtungen des Tutors,

---

[1]) Hingegen ist für den Tutor wenigstens nichts zu folgern aus fr. 5 pr. D (26, 9) Papin. l. 5 resp.: *Post mortem furiosi non dabitur in curatorem qui negotia gessit iudicati actio, [non magis quam in tutores] si modo nullam ex consensu [post depositum officium] novationem factam et in curatorem [vel tutorem] obligationem esse translatam constabit.* Um die Stelle überhaupt verständlich zu machen, müßte man mit Cujaz, Observ. 20, 39 lesen: *non magis quam in tutores post depositum officium, si modo* etc. Indessen sind die in Klammern gesetzten Worte sicher interpoliert oder Glossem. Sie fehlen, wie Lenel, Pal. I. S. 900 N. 4 bemerkt, in den Berliner Papinianfragmenten. Vgl. Collectio III S. 287 = Z. R. G. 14 S. 110.

[2]) Die Stelle ist oben S. 141 N. 2 abgedruckt. Während der Dauer der Vormundschaft war die Haftung des Tutors aus der *actio iudicati* strenger. Die Vollstreckungsklage ging nur dann gegen den Mündel, wenn seitens des Tutors ein *liti se offerre* nicht vorgelegen hatte, d. h. wenn der Tutor den Prozeß für den Mündel als Defensor übernehmen mußte, weil dieser *infans* oder *absens* war und als solcher auch unter *auctoritas tutoris* nicht die Prozeßobligation selbst begründen konnte. Vgl. über diesen Punkt die Darlegungen Wengers, actio iudicati S. 189—205.

[3]) A. M. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 227, 228.

bei denen eine Abwälzung auf die Person des Mündels ausgeschlossen ist.[1]) Welche Obligationen hieher gehören, ist eine Frage des materiellen Rechts, die uns hier nicht weiter berührt. Für unsern Zweck genügt es, festgestellt zu haben, daß prinzipiell eine Prozeßtranslation vom Tutor auf den Mündel nach Beendigung der Tutel auch dann zulässig ist, wenn es sich um Klagen handelt, aus denen der Vormund *suo nomine* haftet.

Ad 2. Hat der Tutor sei es als Defensor, sei es *suo nomine* auf Grund einer Verpflichtung, die er in Ausübung des vormundschaftlichen Amtes eingegangen hat, die Litiskontestation vollzogen und tritt noch *durante lite* Beendigung der Vormundschaft ein, weil der Pupill mündig geworden ist, so erwächst dem Tutor zunächst gegen den ehemaligen Mündel ein mit der *actio tutelae contraria*[2]) verfolgbarer Anspruch auf Übernahme des Prozesses. Dieser Anspruch charakterisiert sich juristisch als Liberierungsanspruch[3]) und ist gerichtet auf Befreiung von der durch die Streitbefestigung des Tutors begründeten Prozeßobligation.[4]) Die Rechtslage ist also ganz analog der des

[1]) Vgl. darüber Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 338, 339.

[2]) Beim Kurator ist es die *actio negotiorum gestorum contraria*. Vgl. Wlassak, neg. gestio S 85 ff.

[3]) Vgl. Tuhr, actio de in rem verso S. 60.

[4]) Vgl. auch Rudorff, Vormundschaft III S. 127, 128; D (44, 7) 5, 1 Gaius = I (3, 27) 2: *sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si . . pro eo fuerit obligatus*; D (27, 4) 6 Paul.: *Si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat.*

Prokurators, welcher Translation des Prozesses auf den Prinzipal begehrt.[1]) Daraus folgt, daß eine definitive Befreiung des Tutors vom Prozesse nur im Wege der prokuratorischen Translation möglich war. Diese erforderte aber, wie ich oben ausgeführt habe, *restitutio in integrum* und eine neue Litiskontestation zwischen der bisherigen Partei und dem Prozeßnachfolger, in unserem Falle also dem Mündel. Sie war undurchführbar, wenn nur eine dieser beiden Personen ihre Einwilligung zur *translatio iudicii* verweigerte. Allerdings konnte der Tutor, um vom Prozesse loszukommen, denselben auf den Mündel als *cognitor in rem suam* transferieren und hiezu war eine Mitwirkung des Gegners nicht erforderlich, wenn wir von der zur *cognitoris datio* erforderlichen Präsenz des Gegners absehen. Allein auch dieser Weg führte nicht zum Ziele, wenn der Mündel sich weigerte, die Kognitur zu übernehmen.

Daß diese Gestaltung der Prozeßtranslation dem älteren Rechte entsprach, ist wohl sicher. Der Tutor hatte in Mündelprozessen die rechtliche Stellung eines Prokurators und es ist nicht einzusehen, warum er bezüglich der *translatio iudicii* anders behandelt worden sein sollte als der Prokurator.

Ganz anders aber, wenn das objektive Recht den Satz aufstellt, daß *post depositum officium* schwebende Prozesse des Tutors auf den Mündel übergehen sollen. Bewegte sich bisher die Prozeßtranslation sozusagen auf

[1]) Vgl. D (17, 1) 45, 1 und dazu die Ausführungen oben S. 53 ff.

dem Gebiete des subjektiven Rechts, der privaten Abmachung, so greift jetzt eine Norm des objektiven Rechts ein, die auch durchgeführt werden will. Darin liegt aber folgendes: es mußte einmal ermöglicht werden, daß der Tutor unabhängig vom Willen der übrigen Interessenten, des Prozeßgegners und des Mündels, aus dem Prozesse ausscheiden konnte, anderseits mußte es auch durchführbar sein, den Tutor auch wider seinen Willen aus dem Prozesse zu entfernen. Das letztere war namentlich für Aktivprozesse von Bedeutung. Zwei Wege zur Erreichung dieses Zieles sind denkbar. Der Prätor konnte die widerstrebenden Parteien zur Translation zwingen, indem er den Prozeß gegen den Tutor durch *iudicare vetare* aufhob und dem Kläger eine *actio utilis* gegen den Mündel zur Verfügung stellte. Dieselben Mittel waren mutatis mutandis verwendbar, wenn der Tutor Kläger war. Es war aber auch möglich, den Tutor unter das kognitorische Translationsedikt zu stellen. Welchen der beiden Wege der Prätor eingeschlagen hat, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, da ausdrückliche Quellenzeugnisse mangeln.

Es sind daher nur Wahrscheinlichkeitsgründe, die ich beibringen kann, wenn ich mich für die zweite der aufgestellten Hypothesen entscheide. Der erste oben angegebene Translationsmodus hatte den großen Nachteil, daß der transferierte Prozeß ein *novum iudicium* war. Das war bedenklich sowohl für den Kläger wie für den Beklagten. Für den letzteren, weil eine neue Prozeßverjährung zu laufen begann, für den Kläger, weil der Umfang seines Klagsanspruchs Verschiebungen erleiden konnte,

insoferne er durch den Zeitpunkt der Litiskontestation bestimmt war. Alle diese Nachteile wurden vermieden, wenn man den Tutor dem kognitorischen Translationsedikt unterstellte. Denn die kognitorische Translation wahrte die Einheit des Prozeßverhältnisses. Der Tutor konnte dann sowohl wider seinen Willen über Antrag des Mündels aus dem Prozesse entfernt werden wie auch selbst vom Prätor Entlassung aus demselben begehren.[1])

Es ist nun naheliegend, daß man von zwei Mitteln, die zur Wahl stehen, sich für dasjenige entscheiden wird, welches auf einfachere und bequemere Weise zum erstrebten Ziel führt. Diese Bedingungen waren aber in viel höherem Maße gegeben, wenn man sich für die analoge Anwendung des kognitorischen Translationsediktes auf den Tutor entschied.

Dies ist das eine Argument, welches ich für meine Auffassung anführe. Ein zweites wird sich bei Erörterung der dritten der oben formulierten Fragen ergeben.

Ad 3. Es wurde schon hervorgehoben, daß Justinian mit der Gesetzesbestimmung der c. 26, 3 C (5, 37) nicht neues Recht setzen will, sondern sich auf bereits bestehendes Recht beruft.[2]) Einen Anhaltspunkt für die Eruierung des Alters dieses Rechtssatzes bieten die Bestimmungen des römischen Rechts über die *actio iudicati* gegen den Tutor nach Beendigung der Vormundschaft. Wie die oben[3]) angeführten Quellenstellen ergeben, geht

[1]) Vgl. oben S. 92 ff.

[2]) Bas. 38, 9, 39 (Heimbach, III S. 762) sprechen von einem *κάνων παλαιός*.

[3]) S. 156, 157.

zu Urteilen gegen den Vormund die *actio iudicati* nach Beendigung der Vormundschaft gegen den Pupillen. Es erscheint doch nur als Korrelat zu dieser Bestimmung, daß auch der rechtshängige Prozeß *post depositum officium* vom Tutor auf den Mündel übergeht und wir dürften nicht fehlgehen, wenn wir die Entstehung beider Rechtssätze ungefähr in dieselbe Zeit setzen. Hiebei ist noch zu beachten, daß durch die Gewährung der *actio iudicati* für und gegen den Pupillen die Rechtsstellung des Tutors wenigstens für die Zeit nach erflossenem Urteil der eines Kognitors angenähert wird.[1]) Es kann daher nicht so fern gelegen haben, den Tutor auch bezüglich der Prozeßtranslation den Grundsätzen der Kognitur zu unterstellen. Daß ein solcher Zusammenhang den römischen Juristen nicht fremd war, zeigt das bereits mehrfach berufene fr. 6, 3 D (3, 4) Paul. l. 9 ad. ed.:

> *actor* (universitatis) *itaque iste cognitoris* (D: procuratoris[2]) *partibus fungitur et iudicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit. ex iisdem causis mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam cognitoris* (D: procuratoris[2]).

Die Überleitung der *actio iudicati* vom gesetzlichen Vertreter auf den Schutzbefohlenen *post depositum officium* erscheint nun schon zu Caracallas Zeiten als bestehendes Recht. Das beweist C (5, 39) 1[3]): ***saepe decretum est.***

[1]) Vgl. jedoch oben S. 140 ff.

[2]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 186 N. 1, 4.

[3]) Abgedruckt oben S. 141 N. 2.

Auch Papinian ist dieser Rechtssatz bereits bekannt. Vgl. D (2, 11) 15: *non esse dandam in eum actionem iudicati* ***probatum est.***[1])

Vielleicht darf man sich auch auf fr. 39, 12 D (26, 7) Papin. l. 5 respons.: *Tutores pubere pupillo constituto litem appellationis inchoatam iussu consulum ob notitiam rei perfecerunt: cum iudicatum persequi non potuerunt, periculo culpae non subiciuntur*, berufen, insoferne als doch der Gedanke durchblickt, daß der Tutor nach Beendigung der Vormundschaft für die Fortsetzung der Appellation nicht verantwortlich ist. Denn er wird nur kraft besonderen Grundes, weil er die Rechtssache, die er im Prozesse vertreten hat, kennt, von den Konsuln dazu verhalten.[2])

Es lassen sich indessen Spuren des Rechtssatzes noch weiter zurück verfolgen. Marcellus lehrt bereits, daß der Tutor, der als Defensor des Mündels *cautio iudicatum solvi* geleistet hat, aus derselben zur Streiteinlassung nicht verpflichtet sei, wenn der Pupill inzwischen mündig geworden sei. D (26, 7) 28 pr. Marcell. l. 8 digest.:

> *Tutor pro pupillo in ius* (D: iudicium[3]) *vocatus sollemniter cavit: si inter moras puer ad pubertatem pervenit, non est cogendus accipere iudicium.*

---

[1]) Die Stelle ist abgedruckt oben S. 156, 157. Vgl. ferner D (5, 1) 45, 1 Pap. l. 3 resp.: *Nomine puellae tutoribus in provincia condemnatis curatores puellae iudicatum Romae facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.*

[2]) Vgl. auch D (49, 1) 28, 2 Scaevola.

[3]) Lenel, Pal. zu Marcell. fr. 107 N. 1.

Man vergleiche dazu das bereits zitierte fr. 15 D (2, 11), in welchem Papinian lehrt, daß der Tutor aus dem *vadimonium* nicht hafte, wenn der Mündel inzwischen die Pubertät erreicht habe, weil ja auch die *actio iudicati* nicht gegen ihn gegeben werde.

Marcellus lebte unter Antoninus Pius und M. Aurel[1]) und Ulpian erwähnt ein Reskript von Antoninus Pius, welches verordnete, daß aus Urteilen gegen den Tutor die *actio iudicati* dann gegen den Mündel gehen solle, wenn der Tutor als Defensor des *pupillus absens* oder *infans* verurteilt worden war.[2]) Dieses Reskript ist

---

[1]) Krüger, Geschichte d. Quellen S. 192.

[2]) D (26, 7) 2 pr. Ulpian. l. 9 ad ed.: *Si tutor condemnavit sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio iudicati datur [et maxime], si non se liti optulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium. et hoc etiam divus Pius rescripsit et exinde multis rescriptis declaratum est in pupillum dandam actionem iudicati [semper] tutore condemnato, nisi abstineatur: tunc enim nec in tutorem nec in pupillum.* Vgl. zu dieser Stelle die Erläuterung Wengers, actio iudicati S. 200, 201, der die oben in Klammern gesetzten Worte als Interpolationen nachgewiesen hat. Die Wendung „*et hoc etiam divus Pius rescripsit et exinde multis rescriptis declaratum est*" scheint darauf hinzudeuten, daß es sich hier um eine Neuerung von Antoninus Pius handelte, die durch Reskripte der folgenden Kaiser bestätigt wurde. Auffällig ist es, daß Gaius in seinen Institutionen, die nur zum kleineren Teile noch unter Pius geschrieben sind, (Krüger, a. a. O. S. 186) bezüglich der *actio iudicati* beim Tutor einer Abweichung vom Rechte der Prokuratur nicht Erwähnung tut. Nach seiner Darstellung müßte man annehmen, daß der Tutor wie der Prokurator ausnahmslos mit der *actio iudicati* hafte. Vgl. Wenger, a. a. O.

meines Wissens das früheste Zeugnis von der Übertragung der *actio iudicati* vom Tutor auf den Mündel. Es bezieht sich zwar nicht auf den hier zur Frage stehenden Fall. Doch ist der Zusammenhang ein so enger, daß wir kaum fehlgehen dürften, wenn wir auch die Entstehung des in c. 1 C (5, 39) und fr. 15 D (2, 11) ausgesprochenen Rechtssatzes und damit auch der Bestimmung der c. 26, 3 C (5, 37) in die Zeit von Antoninus Pius oder M. Aurel setzen.[1])

Darf man nach den obigen Ausführungen mit einiger Berechtigung annehmen, daß sich die *translatio iudicii* vom Tutor auf den Mündel *post depositum officium* nach den Grundsätzen der kognitorischen Translation vollzog, so muß man dieselbe allerdings juristisch als prozessuale Sukzession qualifizieren. Denn wenn man auch bezüglich des Kognitors Bedenken haben mag, ihn als direkten Stellvertreter aufzufassen, für den Tutor kann es nicht zweifelhaft sein, daß er als Prozeßvertreter auch Prozeßsubjekt ist.[2]) Der Mündel sukzediert also

---

S. 204, 205. Doch ist schon von mehreren Seiten hervorgehoben worden, daß die Darstellung der prozessualen Stellvertretung des Tutors bei Gaius eine nicht mehr ganz zeitgemäße sei. Vgl. Wenger, a. a. O. S. 195 N. 17 und die daselbst Zitierten; Erman, Annales de l'univ. de Lyon 1903 S. 263 N. 1.

[1]) Daß die Überwälzung der Urteilsklage vom Tutor auf den Mündel auf Reskriptsrecht beruht, ist übrigens eine allbekannte Tatsache. Vgl. Eisele, S. 99; Lenel, E. P. S. 326; Wenger, actio iudicati S. 178.

[2]) Der Tutor hat noch nach Gaius als Prozeßvertreter die Stellung eines Prokurators. Daß er dann später in einzelnen Beziehungen

in die Parteirolle des Tutors. Mit welchem Zeitpunkte diese Sukzession eintritt, ob *ipso iure* mit Beendigung der Vormundschaft oder erst mit Erteilung der Translationsformel durch den Prätor, mag zweifelhaft sein. Wahrscheinlicher dünkt mich die zweite Annahme. Denn der Tutor ist wohl ebenso wie zur *actio iudicati*[1]) so auch zur Fortsetzung des Prozesses wenigstens formell legitimiert.[2])

---

dem Rechte der Kognitur unterworfen wird, macht ihn noch nicht zum Kognitor. Er hat daher auch noch im Rechte der severischen Zeit durchaus die Befugnisse des Prokurators, so z. B. bezüglich der Substitution C (2, 12) 11, der Eidesfähigkeit D (12, 3) 4 pr., D (12, 2) 17, 2; 35 pr. Er kann daher auch einen Vergleich schließen D (26, 7) 46, 7, D (47, 2) 57, § 4 und wohl auch wirksam *in iure* konfitieren D (42, 2) 6, 4, dazu das oben S. 131 N. 2 Ausgeführte.

[1]) Vgl. oben S. 142.

[2]) Das ist nicht ohne praktische Konsequenzen. Würde der Mündel *ipso iure* sukzedieren, so müßte er den Tutor, wenn er ihn gleichwohl mit der Fortführung des Prozesses betrauen wollte, erst zum Kognitor machen, um ihm die erforderliche Legitimation zu verschaffen. Das ist indessen wohl kaum anzunehmen. Ganz analog liegt die Sache bezüglich der *actio iudicati*, seitdem dieselbe mit Beendigung der Vormundschaft für und gegen den Mündel gegeben wurde. Wäre der Tutor dadurch in der Tat Kognitor geworden, so hätte er, wenn er im Auftrage des ehemaligen Mündels den Iudikatsprozeß durchführen wollte — und das mochte sich häufig empfehlen, weil der Tutor mit der betreffenden Rechtssache schon vertraut war — entweder als Prokurator *cautio rati* leisten oder nachweisen müssen, daß er vom Mündel als Kognitor für die *actio iudicati* bestellt worden sei. Arg. D (3, 3) 28.

Ob eine *translatio iudicii* auch dann stattfand, wenn die Vormundschaft aus anderen Gründen als durch Erreichung der Mündigkeit seitens des Pupillen erlosch, muß mangels Quellenzeugnissen dahingestellt bleiben. Nur für den Fall der Beendigung der Tutel durch den Tod des Vormundes möchte ich unter allem Vorbehalt auf einige Quellenstellen verweisen, die vielleicht die Vermutung, daß hier das kognitorische Translationsedikt Anwendung fand, unterstützen könnten. Die Anwendung dieses Ediktes auf den Fall, daß der Tutor starb, hätte zur Folge gehabt, daß der schwebende Prozeß nicht auf die Erben des Tutors, sondern auf den Mündel beziehungsweise dessen gesetzlichen Vertreter überging. Für die Zeit Alexander Severs traf dies wohl noch nicht zu.

Arg. D (49, 13) 1, 1 Macer[1]) l. 2 de appellationibus:

Tutor quoque in negotio pupilli appellatione interposita si decesserit, heredem eius causas appellationis reddere necesse est, etiamsi rationes tutelae heres reddiderit, quia sufficit mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. sed divi Severus et Antoninus rescripserunt non cogendum tutorem post rationes redditas causas appellationum reddere.

Macer trägt augenscheinlich noch Bedenken, das Reskript Severs und Caracallas auch auf den Fall, daß die Tutel durch Tod des Tutors beendigt wurde, anzuwenden.

[1]) Macer lebte unter Caracalla und Alexander. Vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen S. 226.

Anders entscheidet schon Hermogenian[1]) l. 5 iuris epit. in fr. 2 D (49, 10): *Tutor vel curator retentus si provocaverit et ante causam actam moriatur,* ***propter periculum medii temporis successores eius causas appellationis necesse habent reddere.***

Es bedarf also eines besonderen Grundes,[2]) um die Erben des Vormundes für die Fortsetzung der Appellation verantwortlich zu machen. Dem liegt vielleicht doch der Gedanke zugrunde, daß der Erbe an sich für die Fortsetzung des Prozesses nicht haftbar gemacht werden könne, weil dieselbe vielmehr dem Mündel beziehungsweise dessen neuem gesetzlichen Vertreter obliege. Ich gebe jedoch die Unsicherheit dieses Schlusses zu.

Hingegen dürfte eine *translatio iudicii* vom Tutor auf den Mündel und umgekehrt *durante tutela*, wenn eine solche überhaupt vorkam,[3]) wohl nur nach den

---

[1]) Es herrscht bekanntlich Streit, ob dieser Jurist im 3. oder 4. Jahrhundert gelebt habe. Vgl. Krüger, a. a. O S. 228 N. 25.

[2]) Hier die Gefahr, daß bis zur Bestellung eines neuen Vormundes der Prozeß zum Schaden des Mündels liegen bleibe.

[3]) Zweifelhaft ist es, ob sich fr. 55 pr. D (21, 2) Ulpian. l. 2 ad ed. aed. cur. auf eine solche Translation bezieht. Dafür Keller-Wach, S. 350, dagegen Hruza, Über das lege agere pro tutela S. 6, 7. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 605. Die Stelle lautet: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit. quid ergo, si ille quidem contra quem iudicatum est ad iudicium non adfuit, alius autem adfuit et causam egit: quid dicemus? ut puta acceptum quidem cum pupillo tutore auctore*

Regeln der prokuratorischen Translation erfolgt sein.[1]) Dies gilt sicherlich für jene Fälle, in denen der Tutor selbst mit der *actio iudicati* haftet.

Zum Schlusse sei noch hervorgehoben, daß sich den hier besprochenen verwandte Rechtsbildungen auch auf dem Gebiete des Munizipalrechts finden.[2]) Der Munizipalmagistrat haftet zwar grundsätzlich aus Kontrakten auch *post depositum officium*.[3]) Daneben scheint es aber ein Edikt

---

fuit iudicium, sed absente pupillo tutor causam egit et iudicatum est contra tutorem: quare non dicemus committi stipulationem? etenim actam esse causam palam est. et satis est ab eo cui ius agendi fuit causam esse actam. Es kommt alles darauf an, wie man die Worte „*iudicatum est contra tutorem*" versteht. Heißt das „der Tutor wurde kondemniert", so kann es sich nur um Prozeßtranslation handeln. Man kann aber auch übersetzen „es wurde gegen den Tutor entschieden". Damit ist nicht gesagt, daß der Tutor kondemniert wurde. Man kann vielmehr annehmen, daß der Tutor als Vertreter des Mündels in der Verhandlung vor dem Geschworenen intervenierte und der Mündel verurteilt wurde. Für die letztere Interpretation scheint der sonstige Inhalt der Stelle zu sprechen. (Vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers S. 74, 75 N. 1). Ferner müßten wir eine andere Begründung der Entscheidung der Juristen erwarten, falls es sich um Prozeßtranslation handelte. Der Verfall der *stipulatio duplae* wäre dann eher aus dem Gesichtspunkte, daß der Mündel aus der Kondemnation des Tutors mit der *actio iudicati* hafte, zu rechtfertigen. Vgl. auch D (21, 2) 16, 1; 21, 2, D (3, 3) 40, 2; 75.

[1]) Vgl. oben S. 153.

[2]) Vgl. Kniep, Societates publicanorum I S. 373.

[3]) D (50, 8) 5, 1. Anders beim Konstitut. Vgl. auch D (13, 5) 5 §§ 7, 8. Wie Kniep, a. a. O. S. 374 folgern kann, daß der abtretende Gemeindebeamte die Klage aus der im eigenen Namen übernommenen Verpflichtung durch Konstitut auf die Gemeinde ablenken

gegeben zu haben, welches aus Kontrakten der Gemeindebeamten eine Klage gegen die Gemeinde verhieß.[1]) Ob dasselbe auch auf *iudicia* anwendbar war, muß allerdings dahingestellt bleiben.

---

könne, verstehe ich nicht. Man müßte an ein Konstitut *municipes solituros* denken. Dadurch konnte aber der Dritte nicht verpflichtet werden. Vgl. D (13, 5) 5 §§ 4, 5. Ein Konstitut *municipibus solvi* war allerdings zulässig. D (13, 5) 5, 9.

[1]) Vgl. Lenel, l'Édit I S. 116; Kniep, a. a. O. S. 375; D (44, 7) 35, 1.

II. Kapitel.

Einzelne Translationsfälle.

Die Ausführungen dieses Abschnittes sind der Erörterung einzelner Translationsfälle aus verschiedenen Rechtsgebieten, vor allem aus dem Pekuliar- und Noxalrechte gewidmet. Eine systematische Einordnung derselben ist weder erstrebt noch auch möglich. Die Darstellung wird sich vielmehr auf die eingehende Erörterung und Erklärung der in Betracht kommenden Quellenstellen zu beschränken haben.

§ 1.

Von einem Translationsfall im Gebiete des Pekuliarrechts berichtet das bereits einmal berufene[1]) fr. 57 D (5, 1) Ulpian. l. 41 ad Sab. Ist der *filius familias* geklagt worden und nach der Litiskontestation gestorben, so findet eine *translatio iudicii de peculio vel si quid in rem patris versum est* auf den Gewalthaber statt. Aus demselben Buche des Ulpianschen Sabinuskommentars stammt fr. 35 D (9, 4), welches von der *actio iudicati* gegen den Haus-

[1]) Vgl. oben Kap. 1 S. 105 ff.

sohn handelt, und Lenel[1]) hat sehr scharfsinnig die beiden Fragmente als zusammengehörig erkannt und sie folgendermaßen miteinander verbunden:

D (5, 1) 57: *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio:*

D (9, 4) 35: *et si condemnatus fuerit filius, iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio. quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri.*

D (5, 1) 57: *sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. certe si quasi procurator* (Ulp.: cognitor?) *alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio*[2]) *vel iudicati datur.*[3])

Ulpians Gedankengang gewinnt in der Tat durch diese Ineinanderschachtelung der beiden Fragmente inhaltliche Geschlossenheit. Überdies verrät fr. 35 cit. schon durch seine Form, daß es aus einem größeren Zusammenhang gerissen ist. Denn der Satz *et si condemnatus fuerit* muß doch an etwas angeknüpft haben. Anderseits ist der Übergang vom ersten Satz des fr. 57: „*tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio*" zum folgenden Translationsfall sehr sprunghaft. Wenn Ulpian

[1]) **Paling. zu Ulpian fr. 2873.**

[2]) **Lenel, l. c. N. 2:** *translatio.*

[3]) **Der Schlußsatz des fr. 57 cit. ist bereits oben Kap. 1 S. 105 ff. erläutert worden.**

die Haftbarkeit der Hauskinder aus Delikten und Kontrakten erörterte, so entsprach es einem logischen Gedankengang weit eher, zuerst den Normalfall der Verurteilung des Haussohnes zu besprechen als die praktisch seltenere und darum ferner liegende Möglichkeit, daß der beklagte Haussohn *durante lite* starb. Diese Lücke in der Darstellung Ulpians wird vortrefflich ausgefüllt, wenn man mit Lenel das aus demselben Buche stammende fr. 35 einschiebt. Auf diese Weise sind die Ausführungen Ulpians vollkommen abgerundet und befriedigend. Ulpian erörtert, wie die einleitenden Worte der ganzen Fragmentengruppe dartun, die Haftbarkeit des *filius familias* aus Delikten und Kontrakten und deren praktische Konsequenzen.

Dieser Frage hat zuletzt Mandry[1]) eine ebenso eingehende wie treffliche Untersuchung gewidmet. Die Ergebnisse, zu denen er gelangt, sind folgende:

1. Man muß zwischen Delikts- und Kontraktsschulden unterscheiden. Während bezüglich ersterer die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder wohl von Anfang an bestand, ist die Haftbarkeit der Hauskinder aus Kontraktsschulden dem älteren Rechte fremd und erst im Laufe der Entwicklung des römischen Rechts anerkannt worden. Im klassisch-römischen Recht ist dieselbe jedoch schon voll ausgestaltet.[2])

---

[1]) Gem. Familiengüterrecht I S. 403—414, II S. 616 ff. Ältere Literatur bei Mandry, a. a. O. S. 404 N. 1, S. 406 N. 3.

[2]) Mandry, I S. 340, 405, 406, II S. 616 ff.

2. Deliktsschulden waren gegen das Hauskind von jeher vollstreckbar. Die Exequierbarkeit von Kontraktsschulden muß hingegen noch für die Zeit der klassischen Juristen in Abrede gestellt werden.

Es läßt sich nicht leugnen, daß das Ulpianfragment zu Mandrys Ergebnissen wenig stimmt. Denn Ulpian gewährt die *actio iudicati* gegen den *filius familias* sowohl aus Delikten wie Kontrakten. Mandry war allerdings der erst von Lenel aufgedeckte Zusammenhang zwischen fr. 57 und 35 cit. noch nicht bekannt. Er stützte seine These, daß aus Delikten, nicht aber aus Kontrakten eine *actio iudicati* gegen den Haussohn zulässig sei, vielmehr gerade auf fr. 35 cit.[1]) und war dazu um so mehr berechtigt, als fr. 35 dem Digestentitel *de noxalibus actionibus* angehört und die Beziehung auf Deliktsklagen damit von selbst gegeben war. Nun kann man freilich entgegen halten, daß das Argument gegen Mandrys Lehre erst aus der oben angegebenen Verbindung der beiden Fragmente gewonnen sei. Allein damit ist natürlich ebensowenig die Unmöglichkeit dieser schon aus formalen Gründen sehr wahrscheinlichen Verkettung beider Fragmente bewiesen, als man umgekehrt lediglich auf Grund des restituierten Ulpianfragmentes die Unrichtigkeit von Mandrys Lehre behaupten könnte. Es muß daher versucht werden, die ganze Frage unabhängig von den genannten Quellenstellen zur Lösung zu bringen. Dann erst wird sich das richtige Verständnis der restituierten Ulpianstelle und damit

[1]) A. a. O. II S. 618.

auch des in ihr erwähnten Translationsfalles gewinnen lassen. Wir beschränken uns hiebei, wie auch sonst, auf das Recht der klassischen Zeit. Als Exekutionsmodi stehen für diese Zeit sowohl Vermögens- wie Personalexekution zur Verfügung. Betreffs des Haussohnes kann, wenn wir vom *filius familias* mit *peculium castrense* absehen, nur die Personalexekution in Betracht kommen.[1]) Unsere Frage spitzt sich somit dahin zu, ob und inwieweit gegen den verurteilten Haussohn Personalexekution zulässig war.[2])[3])

---

[1]) Die schwierige und noch immer ungelöste Frage, ob der Gläubiger zwischen Personal- und Vermögensexekution nur die Wahl hatte oder beide kumulieren konnte, berührt uns daher hier nicht. Vgl. darüber Bethmann-Hollweg, Z. P. I S. 199 N. 29; Huschke, Nexum S. 81; Dernburg, bonorum emtio S. 6 ff.; Puchta, Inst.[10] I S. 558; Wenger, actio iudicati S. 108 N. 8.

[2]) In neuerer Zeit hat sich auch Dernburg, Pand. I § 52 N. 6 zu dieser Frage geäußert. Dernburg hält die Personalexekution gegen das Hauskind für schlechthin zulässig, unterscheidet also im Gegensatz zu Mandry nicht zwischen Delikts- und Kontraktsschulden. Der Hausvater konnte aber intervenieren.

[3]) Davon zu trennen ist die Frage, ob die Personalexekution auch zur Realisierung des Einlassungszwanges gegen den Haussohn verwendet werden konnte. Die Quellen erwähnen zwar in einer Reihe von Stellen, daß der Haussohn aus Kontrakten wie Delikten gleichwie ein *pater familias* hafte. Vgl. D (19, 1) 6, 7, D (44, 7) 39, D (45, 1) 141, 2, D (15, 1) 44; 45, D (4, 5) 2, 2, D (5, 1) 57, D (16, 3) 1, 42, D (46, 1) 10, 2, C (4, 26) 5; 8. Doch stehen wir hier auf ganz unsicherem Boden, da über die Personalexekution gegen den Indefensus außer den bekannten Stellen der lex Rubria c. 21; 22 Quellenzeugnisse fehlen. Denkbar wäre dieselbe für die Zeit nach der lex

Von Quellenstellen, die expressis verbis einer *actio iudicati* gegen den Haussohn Erwähnung tun, ist mir, abgesehen von der bereits erwähnten Ulpianstelle, nur noch ein Fragment bekannt. Es ist dies fr. 3, 4 D (4, 4) Ulpian. l. 11 ad edict.:

Sed utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum: quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus. proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex

---

Poetelia, wenn man außerdem annimmt, daß der Gewalthaber den vom Gläubiger duzierten Haussohn durch gehöriges Defensionsanerbieten zur *actio de peculio* beziehungsweise zur Noxalklage jederzeit aus der Personalhaft befreien konnte. Doch sind diese Prämissen durchaus hypothetisch. Diese Frage ist übrigens von der im Text behandelten ganz unabhängig. Denn wenn man auch die Möglichkeit eines Einlassungszwanges gegen den Haussohn im Wege der Personalexekution leugnet, so ist doch zuzugeben, daß es zu einem vollgiltigen Urteil kam, wenn sich der Haussohn freiwillig zur Streitbefestigung verstand.

condemnatione conveniri: *auxilium impetrare debebit,* ***si ipse conveniatur.*** rell.

Wenn die gesperrt gedruckten Worte echt sind, so besagen sie allerdings, daß gegen den Haussohn auf Grund von Kontraktsansprüchen eine *actio iudicati* möglich sei. Mandry,[1]) der an der Echtheit des fraglichen Satzes nicht zweifelt, hält gleichwohl die Stelle nicht für beweisend. „Denn da die *actio iudicati* nicht direkt die Exekution mit sich bringt, sondern wiederum zur Verurteilung in eine Geldsumme führt, steht deren Anstellung ein rechtliches Hindernis nicht im Wege, auch wenn gegen das Hauskind nicht exequiert werden kann." Diese Erwägungen sind jedoch m. E. nicht stichhältig. Wenger[2]) hat in überzeugender Weise nachgewiesen, daß die *actio iudicati* normalerweise gar nicht zum Judikatsprozeß, d. h. zur Litiskontestation, führt, sondern vielmehr zur Judikatsexekution. Was soll nach Mandry geschehen, wenn der mit der *actio iudicati* belangte Haussohn erklärt, er erkenne die Urteilsschuld im ganzen Umfange an? Nach Mandry hätte der Haussohn vielmehr infitiieren und es so zur Litiskontestation bringen müssen. Soll nun der Gläubiger aus dem Urteil des Judikatsprozesses wieder eine *actio iudicati* haben und der Haussohn neuerlich infitiieren müssen und so fort? Die richtige Antwort ist vielmehr die, daß es in einem solchen Falle zur Erlassung des Exekutionsdekretes kam, das nur auf Personalexekution

[1]) A. a. O. I S. 405.

[2]) Actio iudicati, passim.

lauten konnte, da der Haussohn ein Vermögen nicht besaß. Eine andere Auslegung lassen die fraglichen Worte, wenn sie echt sind, m. E. gar nicht zu und Mandrys Lehre wäre damit beseitigt. Indessen läßt sich der fragliche Satz mit aller Evidenz als ein spätes Glossem nachweisen. Schon Lenel[1]) hat ihn beanstandet und er fügt sich auch, wie bei genauer Lektüre der Stelle auffällt, gar nicht in die Satzkonstruktion. Ulpian will die Zulässigkeit einer *restitutio in integrum* zugunsten des minderjährigen Haussohnes damit begründen, daß derselbe sowohl *durante potestate* wie nach Erlöschen des Gewaltverhältnisses geklagt werden könne. Wenn er nun auch der *actio iudicati durante potestate* Erwähnung tat, was ja an sich möglich wäre, so hätte dies in dem Satze *„filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri"* geschehen müssen, etwa durch Hinzufügung der Worte *„tam ex contractu quam ex condemnatione"* oder etwas ähnlichen. Ganz ungeschickt und Ulpian nicht zuzumuten wäre es aber, diesen Gedanken unter nochmaliger Erneuerung des *„in potestate manens"*, nachdem schon vom Erlöschen der *potestas* die Rede war, hinterher anzuschließen. Außerdem fehlt zu *conveniri* das ergänzende *potest.* Der direkte Beweis, daß es sich um ein Glossem handelt, ergibt sich jedoch aus der Vergleichung mit den Basiliken, welche bei sonst wörtlicher Übersetzung der Stelle den beanstandeten Satz nicht bringen.

---

[1]) Pal. zu Ulpian. fr. 398 N. 1.

D (4, 4) 3, 4	Bas. 10, 4, 3[1])
filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint, puta si sit obligatus.	ὁ αὐτεξούσιος βοηθεῖται καὶ ὑπεξούσιος, ἐν οἷς αὐτῷ διαφέρει.
proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, [et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri]: auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur.	ἐὰν γὰρ κελεύσει τοῦ πατρὸς ἔνοχος γένηται, ὁ μὲν πατὴρ εἰς ὁλόκληρον ἐνάγεται. αὐτὸς δὲ ἀποκαθίσταται[2]), ἐπειδὴ καὶ ὑπεξούσιος ὢν καὶ αὐτεξούσιος γενόμενος καὶ ἀπόκληρος ἐνάγεται μέχρις εὐπορίας.

Die Hauptbeweisstelle für die Zulässigkeit einer *actio iudicati* aus Kontrakten des Haussohns ist damit beseitigt. Dieser Umstand kann uns nur bewegen, die zweite Beweisstelle, das oben erwähnte Ulpian-Fragment, mit noch mehr Skepsis zu betrachten. Es ist zu bedenken, daß die Kompilatoren dasselbe in mehrere Teile zerschnitten und

---

[1]) Heimbach, I S. 505.

[2]) Diese Worte entsprechen dem in den Digesten an das Ende gestellten Satz: *auxilium impetrare debebit.*

diese in verschiedene Digestentitel eingereiht haben.[1]) Es ist daher keineswegs sicher, daß durch die Zusammensetzung der einzelnen Teile das Ulpian-Fragment vollständig gewonnen ist. Es ist vielmehr sehr wohl möglich, daß die Kompilatoren, als sie das Fragment zerschnitten, bei Einreihung der einzelnen Stücke Sätze weggelassen haben. Man könnte daher auch der Vermutung Raum geben, daß Ulpian allerdings bemerkte, der Haussohn könne sowohl mit Kontrakts- wie Deliktsklagen belangt werden, hingegen bezüglich der *actio iudicati* Delikte und Kontrakte in Gegensatz stellte und die Urteilsklage nur bezüglich der ersteren zuließ. Demnach wäre etwa folgendermaßen zu restituieren:

D (5, 1) 57: *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio:*

D (9, 4) 35: ***ex delicto vero si condemnatus fuerit filius**, iudicatum facere debet* rell.

Für diese Vermutung spricht sowohl, daß Ulpian im 41. Buch des Sabinuskommentars ex professo von Delikten handelt als der Umstand, daß die Kompilatoren fr. 35 cit. in den Digestentitel „*de noxalibus actionibus*" eingereiht haben. Daß sie hiebei die von uns als Ulpianisch vermuteten Worte „*ex delicto vero*" als selbstverständlich weggestrichen haben, mag begreiflich erscheinen. Denn im Titel „*de noxalibus actionibus*" konnte nur von

[1]) Ein weiteres hieher gehöriges Fragment, vom *furtum* des Sklaven und des Haussohns handelnd, dessen Zusammenhang mit den übrigen allerdings kein so unmittelbarer ist, steht im Dig. Tit. *de condictione furtiva* 13, 1. (fr. 4.) Vgl. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 2873.

Delikten die Rede sein. In dieser Form würde die Ulpianstelle direkt Mandrys Ergebnisse bestätigen. Einstweilen ist das alles freilich noch hypothetisch. Der Beweis für die Richtigkeit der hier versuchten Restitution kann vielmehr erst dann als erbracht angesehen werden, wenn wir auf Grund sachlicher Erwägungen, auf die wir mangels an Quellenbeweisen angewiesen sind, die Unzulässigkeit der *actio iudicati* aus Kontraktsschulden des Haussohns dargetan haben. Ich kann mich hiebei im wesentlichen auf die ausgezeichneten Darlegungen Mandrys[1]) berufen und möchte daher nur einige Punkte hervorheben.[2]) Maßgebend dünkt mich der bereits von

---

[1]) A. a. O. I S. 406—414, II S. 616 ff.

[2]) Für nicht beweisend halte ich es jedoch, wenn Mandry, a. a. O. I S. 413 sich unter anderem auch auf das Edikt „*de capite minutis*" beruft. Vgl. D (4, 5) 2, 1, Lenel, l'Édit I S. 133. Der Prätor erteilte Restitution gegen die durch *capitis deminutio minima* erloschenen Geschäftsschulden des *minutus* (vgl. Lenel, a. a. O. S. 133 N. 10; Cohn, Beiträge zur Kunde des röm. Rechts II S. 387 ff.) und Gaius III 84 berichtet: *et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.* Gaius scheint hier allerdings die Personalexekution gegen den Gewaltunterworfenen auszuschließen. Indes kann man aus dieser Quellenstelle trotzdem nicht auf allgemeine Unzulässigkeit der Personalexekution schließen, weil dieselbe gerade im vorliegenden Falle aus einem besonderen Grunde ausgeschlossen sein mußte. Wäre sie zulässig gewesen, so hätte der neue Gewalthaber den vom Gläubiger wegen Indefension duzierten Gewaltunterworfenen nur durch Bezahlung der ganzen Schuldsumme, eventuell durch Anerbieten zur Defension *in solidum* auslösen können. Eine Defension *usque*

Mandry[1]) hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die Personalexekution, wenn überhaupt zulässig, nicht in Widerspruch mit den väterlichen Gewaltrechten kommen dürfe.[2]) Aus diesem Grunde scheint mir für die Zeit vor der *lex Poetelia*[3]) (428/326) die Möglichkeit einer Personalexekution gegen den Haussohn, mag es sich nun um Kontrakts- oder Deliktsansprüche handeln, ausgeschlossen. Denn wenn der Gläubiger nach Ablauf der 60 Tage[4]) den Exe-

ad quantitatem peculii hätte nicht genügt. Denn der neue Gewalthaber haftet für Kontraktsschulden des *capite deminutus* überhaupt nicht, (Gai. III 84) wäre also wie jeder andere Intervenient zu beurteilen gewesen (Vgl. jedoch D (15, 1) 42, dazu Mandry I S. 390). Auf diese Weise wäre ihm wenigstens indirekt eine Haftung *in solidum* aufgebürdet worden, während er doch nach dem Edikt nicht über den Betrag des ihm vom *capite deminutus* zugebrachten Vermögens hinaus haften soll. Interessant ist der Fall, daß der *capite deminutus*, z. B. der Adrogierte, die Defension übernommen hatte und dann verurteilt worden war. Erwuchs dem Gläubiger daraus eine *actio iudicati de peculio?* Ich glaube nicht. Denn dieselbe hätte doch möglicherweise zu einer Haftung des *adrogans* über den Betrag des ihm vom *adrogatus* zugebrachten Vermögens hinaus geführt. Vgl. allerdings D (15, 1) 42.

[1]) A. a. O. S. 408 ff.

[2]) Vgl. auch Paul. sent. II 21a, 9 mit Bezug auf das S. C. Claudianum: *filia familias si invito vel ignorante patre servo alieno se iunxerit etiam post denuntiationem statum suum retinet, quia facto filiorum peior condicio parentum fieri non potest,* und Paul. eod. 10: *filia familias si iubente patre invito domino servi alieni contubernium secuta sit, ancilla efficitur, quia parentes deteriorem filiorum condicionem facere possunt.*

[3]) Vgl. Girard, Manuel S. 976, Organisation S. 191 N. 2 und 3.

[4]) Gellius 20, 1, 46—47.

kuten töten[1]) oder als Sklaven ins Ausland verkaufen konnte, so wäre darin bezüglich des Hauskindes zweifellos ein unzulässiger Eingriff in die *patria potestas* gelegen gewesen. Außerdem muß es als zweifelhaft bezeichnet werden, ob das ältere Recht die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder aus Kontrakten kannte[2]) und bezüglich der Delikte ist der Gläubiger ausreichend durch den Noxalanspruch gegen den Gewalthaber gesichert.[3]) Seit der *lex Poetelia*, die das Tötungsrecht des Gläubigers und den Verkauf *trans Tiberim* abschaffte, fallen allerdings diese Bedenken weg. Der gesetzliche Exekutionseffekt war seither ablösbare Schuldhaft des Exekuten.[4]) Gleichwohl muß man die Zulässigkeit der *actio iudicati* aus Kontraktsschulden der Hauskinder auch für die Zeit nach der *lex Poetelia* verneinen, aus dem einfachen Grunde, weil die Personalexekution gegen den *filius familias* wenigstens indirekt die ganze Pekuliarhaftung des Gewalthabers beseitigt hätte. Der *pater familias* wäre

---

[1]) Das Tötungsrecht des Gläubigers ist neuestens von Schlossmann, Altröm. Schuldrecht S. 61 ff. in Abrede gestellt worden. Dagegen Kleineidam, Personalexekution S. 232 ff. Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Gläubiger von dieser Befugnis in der Regel auch Gebrauch machte. Vgl. darüber die interessanten Darlegungen Kleineidams, a. a. O. S. 57 ff.

[2]) Mandry, a. a. O. I S. 340 ff.

[3]) Darauf weist Mandry, a. a. O. I S. 409 mit Recht hin.

[4]) Daß die *lex Poetelia* nicht die Personalexekution überhaupt beseitigte, dürfte jetzt wohl allgemein anerkannt sein. Vgl. Girard, Organisation S. 191 N. 3; Kleineidam, a. a. O. S. 216 N. 16. Vgl. auch Huschke, Nexum S. 129 ff.

vor der Alternative gestanden, entweder den vom Gläubiger duzierten Haussohn zu verlieren[1]) oder ihn gegen Zahlung des ganzen Schuldbetrages auszulösen. Daß Realoblation der Schuldsumme bis zum Betrage des *peculium* genügt hätte, den Haussohn aus der Schuldhaft zu befreien, ist ebensowenig wahrscheinlich wie die Annahme Dernburgs,[2]) daß der Gewalthaber mit dem *interdictum de liberis exhibendis*[3]) Freigabe des duzierten Hauskindes verlangen konnte. Denn war die Personalexekution überhaupt zulässig, konnte also der *filius familias iudicatus* auf Grund prätorischer Addiktion[4]) als Schuldknecht vom Gläubiger abgeführt werden, so konnte doch der Prätor nicht mit der anderen Hand nehmen, was er mit der einen gegeben hatte.

[1]) Denkbar wäre es allerdings, daß der duzierte Haussohn, nachdem er die Schuld abgearbeitet hatte, Anspruch auf Entlassung aus der Schuldhaft hatte. Vgl. Coll. 2, 3 Papinian. l. 2 definitionum sub titulo de iudicatis: *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit.* Diese Bestimmung wurde von Iustinian auch auf den noxae dedierten Sklaven ausgedehnt. I (4, 8) 3. Vgl. Girard, Manuel S. 676 N. 2.

[2]) Pand. I § 52 N. 6.

[3]) Vgl. D (43, 30) 1, 1 Ulpian.; D eod. 1, 2: *In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur apud eum sit is qui exhiberi debet . . . sed omnimodo restituendum putavit, si in potestate est* darf nicht irre machen. Vgl. D eod. 1, 3 und D (43, 29) 3, 4.

[4]) Ob es einer prätorischen *addictio* zur Duktion des Exekuten bedurfte, ist allerdings streitig. Literatur bei Kleineidam, a. a. O. S. 212 N. 3. Kleineidam, S. 212 ff. entscheidet sich wohl mit Recht für die *addictio*.

Es mag ferner hervorgehoben werden, daß das Hauskind nach der Emanzipation aus Schulden, die es *durante potestate* kontrahiert hatte, nur mit der Begünstigung der *condemnatio in id quod facere potest* haftete und auf diese Weise wenigstens indirekt vor der Personalexekution geschützt war.[1]) Sollte es, solange es gewaltunterworfen war, strenger behandelt worden sein? Ein Argument, auf welches bereits Mandry[2]) hingewiesen hat. Schließlich sei noch aufmerksam gemacht auf fr. 10, 2 D (46, 1) Ulpian. l. 7 disputationum:

> *Filius familias pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et, dum in potestate manet, condemnari potest.*

Ulpian erörtert, welche Vorteile dem Gläubiger die Bürgschaftsübernahme durch einen Haussohn bringe und führt aus, daß der Gläubiger einmal den *filius familias* nach der Emanzipation belangen und sich aus dem Vermögen des *emancipatus* befriedigen könne. Ferner könne er den Haussohn auch *durante potestate* verklagen und dessen Kondemnation erwirken. Warum erwähnt der Jurist nicht die Personalexekution, da er die ganze Frage doch

---

[1]) Vgl. D (14, 5) 2 pr. und 5 pr. Altmann, das beneficium competentiae (Berl. Diss,) S. 10 ff.; Wenger, actio iudicati S. 47. Daß das *beneficium competentiae* die Personalexekution nur indirekt ausschloß, ergibt auch das neuestens von Lenel, Sitz.-Berichte der Berl. Akad. 41 S. 922 ff., Z. R. G. 37 S. 416, 417 publizierte Ulpian-Fragment.

[2]) A. a. O. I S. 412.

nur von rein praktischen Gesichtspunkten aus erörtert? Es wäre doch näher gelegen gewesen hervorzuheben, daß der Gläubiger den Haussohn als Schuldknecht abführen könne. War hingegen die Personalexekution gegen den Haussohn unstatthaft, so war in der Tat mit der Kondemnation desselben die Sache für dessen Person zu Ende. Der Gläubiger hatte das Urteil in den Händen und konnte auf Grund desselben den Gewalthaber mit der *actio iudicati de peculio*[1]) belangen, wenn er es nicht vorzog, den Tod des Gewalthabers oder die Emanzipation des Hauskindes abzuwarten, um dasselbe dann *in solidum* beziehungsweise mit der Kondemnationsbeschränkung des *beneficium competentiae* zu verklagen.[2])

Wesentlich anders liegt die Sache bei Delikten. Eine *actio iudicati* und Personalexekution gegen den wegen

---

[1]) Diese Klage ist uns mehrfach bezeugt. Vgl. D (15, 1) 3, 11, D (15, 3) 10 §§ 1—3. Wenger, actio iudicati S. 56 ff.

[2]) Man kann angesichts dieser Sachlage fragen, ob es für den Gläubiger überhaupt praktisch war, den Haussohn zu belangen, wenn er daraus nur eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber erwarb und ob er nicht besser tat, gleich den *pater familias* anzugehen. In der Regel wird er dies wohl getan haben. Doch lassen sich immerhin Fälle denken, in denen der Gläubiger ein Interesse hatte, den Haussohn zu belangen. So, um einen von den Quellen selbst beliebten Beispielsfall hervorzuheben (vgl. D (5, 1) 18, 1), wenn der *filius familias studiorum causa* in Rom weilte, der Vater aber in der Provinz wohnte und in Italien selbst kein Vermögen hatte, in welches die *missio in bona* hätte vollstreckt werden können. Oder der Gewalthaber war abwesend und der Gläubiger scheute sich, die wirtschaftliche Existenz desselben durch

eines Delikts verurteilten Haussohn unterliegt gar keinem Bedenken, weil sie praktisch zu demselben Resultate führt, zu dem der Gläubiger auf Grund der Noxalhaftung des *pater familias* gelangen konnte. War nämlich der auf Grund einer Deliktsklage kondemnierte Haussohn vom Gläubiger als Schuldknecht abgeführt worden, so war damit im wesentlichen derselbe Rechtszustand geschaffen, wie wenn der Haussohn vom Kläger duziert worden wäre, weil der Gewalthaber den Noxalprozeß zu übernehmen sich geweigert hatte.[1]) Anderseits war dadurch die rechtliche Situation des Gewalthabers nicht verschlechtert. Wollte er die *litis aestimatio* leisten, so stand es ihm ja frei, seinen Sohn aus der Schuldhaft auszulösen.[2]) Denn zur Zahlung der ganzen *litis aestimatio* war er ja auch nach Noxalrecht verpflichtet. War ihm sein Sohn nicht soviel wert, so konnte er die Sache auf sich beruhen lassen. Praktisch war damit im wesentlichen der Effekt einer *noxae datio* erreicht.

Die bisherige Untersuchung hat also lediglich Mandrys Ergebnisse bestätigt. Sie konnte indessen nicht vermieden werden, wenn die Grundlage für ein richtiges Verständnis

---

eine *venditio bonorum* aufs Spiel zu setzen. Vgl. Cic. pro Quinct. 16, 51. Die Verurteilung des Haussohnes verschaffte in solchen Fällen dem Gläubiger wenigstens ein gegen den Gewalthaber vollstreckbares Urteil.

[1]) D (9, 4) 32 Callistratus l. 2 edicti monitorii: *Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur* rell. Vgl. auch Mandry, II S. 618 N. 6.

[2]) Arg. Coll. 2, 3 (zitiert oben S. 184 N. 1).

des uns interessierenden Ulpian-Fragmentes gewonnen werden sollte. Ich glaube jetzt die oben[1]) nur als hypothetisch hingestellte Interpretation des Fragments, daß sich die daselbst erwähnte *actio iudicati* gegen den *filius familias* nur auf Deliktsansprüche bezieht, mit größerer Sicherheit vertreten zu können.

Ulpian gewährt indessen neben der *actio iudicati* gegen den Haussohn dem Gläubiger auch eine *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber: *quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri.*

Eine *actio de peculio* aus einem Delikt erscheint befremdlich angesichts von Quellenaussprüchen wie z. B. D (50, 17) 58 Ulpian. l. 2 disput.: *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.* Indessen ist eine solche *actio iudicati de peculio* auch aus einer anderen Stelle bekannt, aus welcher wir zugleich die juristische Rechtfertigung dieser Klage erfahren. Es ist dies das bekannte[2]) fr. 3, 11 D (15, 1) Ulp. l. 29 ad ed.:

> *Idem* (Papinianus) *scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine,* ***ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi:*** *proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut*

[1]) S. 180, 181.

[2]) Vgl. Bekker, Aktionen II S. 179 N. 13; Pernice, Z. R. G. 18 S. 53 N. 2; Wenger, actio iudicati S. 56 ff.; Tuhr, actio de in rem verso S. 161 ff.

obligationem. quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.

Eine Pekuliarklage aus einem Delikt war allerdings durch den Wortlaut des Edikts: *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur*[1]) ausgeschlossen Die römischen Juristen fanden aber ein solches *negotium* im Sinne des Edikts in der Litiskontestation, in dem Prozeßvertrage,[2]) den der beklagte Haussohn schloß. Nicht also die Deliktsobligation, sondern die durch die Streitbefestigung erzeugte Prozeßobligation als Vertragsobligation bildet die Basis für die Pekuliarklage.

Sehr alt kann diese Theorie nicht sein. Denn sie bedeutet in ihren praktischen Konsequenzen einen Bruch mit den Grundprinzipien des Noxalrechts. Ulpian nennt als Gewährsmann Marcellus, der unter Antoninus Pius und

---

[1]) D (15, 1) 1, 2, Lenel, l'Édit I S. 318 ff.

[2]) Das im Text angeführte Fragment ist aber auch die einzige Stelle, in welcher die Litiskontestation expressis verbis als Vertrag bezeichnet wird. Vgl. Wlassak, L. K. S. 60. Es darf aber m. E. nicht übersehen werden, daß es sich hiebei für den Juristen mehr um einen juristischen Konstruktionsbehelf als um eine prinzipielle Äußerung handelt. Die Parallelisierung der Litiskontestation mit der Stipulation soll lediglich zur Rechtfertigung der *actio iudicati de peculio* dienen. Es darf uns daher nicht befremden, wenn an einer anderen Stelle [fr. 83, 1 D (45, 1)] Stipulation und Streitbefestigung in Gegensatz gestellt werden. Vgl. auch Schott, Zivilprozeß und Rechtswissenschaft S. 60. Andere Belegstellen für die Vertragsnatur der Litiskontestation bei Bekker, Aktionen II S. 184 N. 19; Wlassak, L. K. S. 64 ff.; vgl. aber neuestens Schlossmann, Litiscontestatio S. 124 ff.

Marc Aurel lebte.[1]) Besonders Papinian scheint sie vertreten zu haben. Denn Ulpian zitiert auch an einer anderen Stelle,[2]) in welcher derselbe Gedankengang wieder kehrt, den großen Juristen. Einen weiteren, allerdings unsicheren, Anhaltspunkt für die Entstehungszeit dieser Theorie können wir gewinnen, wenn wir sie in ihren praktischen Konsequenzen verfolgen. Nach Noxalrecht ist der Gewalthaber primär zur *noxae datio* verpflichtet, mit alternativer Ermächtigung sich auch durch Leistung der *litis aestimatio* zu liberieren.[3]) Darin liegt das Prinzip ausgesprochen, daß der Gewalthaber nicht über den Wert hinaus, den der Sklave beziehungsweise das Hauskind für ihn hat, haften soll und diesen Gedanken bringt auch klar zum Ausdruck Gaius IV 75:

> *Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, ut liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere.* ***erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.***[4])

---

[1]) Krüger, Gesch. der Quellen S. 192.

[2]) D (15, 1) 3, 10: *Quare et ex compromisso pater* (de peculio) *tenebitur. et ita Papinianus quoque libro nono quaestionum scribit nec interesse ait, ex qua causa compromiserit, utrum ex ea causa, ex qua potuit cum patre de peculio agere an vero ex ea qua non potuit, cum ex stipulatu pater conveniatur.*

[3]) Vgl. Girard, les actions noxales in der nouv. revue historique 11 S. 446 ff.

[4]) Vgl. auch D (47, 2) 62, 5 African.: *Nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit* rell.

Es ist nun einleuchtend, daß der Gläubiger, wenn er das gegen den Haussohn erstrittene Urteil mit der *actio iudicati de peculio* gegen den Gewalthaber geltend macht, demselben die Möglichkeit einer *noxae datio* raubt. Denn gegenüber einer *actio de peculio* gibt es eine solche nicht. Diesen Weg einzuschlagen war für den Gläubiger namentlich dann vorteilhaft, wenn er kein Interesse an der *noxae datio* des Haussohnes hatte.[1]) Anderseits entging dadurch der *filius familias* der immerhin schimpflichen *noxae datio.* Ob nun das Interesse des Klägers oder vielmehr die Erwägung, daß die *noxae datio* von Hauskindern doch nicht mehr den sittlichen Anforderungen der Zeit entspreche und man ihr wenigstens indirekt steuern solle, die Juristen zur Einführung der *actio iudicati de peculio* aus Delikten von Hauskindern veranlaßte, läßt sich mit Bestimmtheit nicht entscheiden. Mehr Wahrscheinlichkeit kommt wohl der letzteren Annahme zu.[2])

[1]) Die *noxae datio* eines Sklaven war für den Gläubiger wirtschaftlich viel vorteilhafter als die eines Haussohnes. Den Sklaven konnte er zur Arbeit verwenden und ihn eventuell verkaufen. Was sollte jedoch der Gläubiger mit einem römischen Elegant von weltmaschigen sittlichen Grundsätzen anfangen, wenn er ihn ins *mancipium* erhielt? Wenn er ihn auf Grund der *actio iudicati* duzierte in der stillen Hoffnung, daß der Vater für ihn doch die *litis aestimatio* bezahlen werde, so konnte diese Spekulation fehlschlagen, da es dem Vater vielleicht gar nicht unangenehm war, seinen lockeren Sohn auf diese Weise los zu werden.

[2]) Vgl. auch I (4, 8) 7: *Sed veteres quidem haec* (d. h. die noxae datio) *et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existi-*

Keinesfalls wird man aber aus Gaius' oben zitierten Worten schließen dürfen, daß zu seiner Zeit die *actio iudicati de peculio* aus Delikten des Hauskindes noch nicht bekannt war. Gaius' Ausdrucksweise ist viel zu unbestimmt und allgemein, um ein argumentum a contrario zu rechtfertigen. Es wäre sogar möglich, daß schon Julian diese *actio iudicati de peculio* kannte. Ich möchte hier mit aller Reserve auf zwei Stellen verweisen, die man gewöhnlich für interpoliert ansieht,[1]) die aber möglicherweise doch echt sein könnten. Es sind dies:

D (9, 4) 34 Julianus l. 4 ad Urseium Ferocem:

[quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur],[2])

D (47, 10) 36 Julian. l. 45 digest.:

Si filii nomine cum patre iniuriarum agere velim et is cognitorem vel procuratorem (D: procuratorem[3]) *det, non intellegitur filius defendi, nisi iudicatum solvi satisdetur: [et ideo actio adversus filium, tamquam a patre non defendatur, danda erit.]*[3])

---

mavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.

[1]) Vgl. Schlesinger, Z. R. G. 8 S. 226—239; 9 S. 239 ff. Mandry, a. a. O. II S. 618 N. 6.

[2]) Lenel, Pal. zu Jul. fr. 922 N. 2.

[3]) Lenel, Pal. zu Jul. fr. 625 N. 2, 3. Lenel vermutet: *et ideo filius, tamquam a patre non defendatur, ducendus erit.*

Die in Klammern gesetzten Worte gelten als interpoliert. Man geht dabei von folgender, anscheinend ganz schlüssiger Erwägung aus: Wird der *filius familias* nicht defendiert, so erfolgt Duktion desselben.[1]) Es wäre nun widersinnig, wenn der Noxalgläubiger in einem solchen Falle erst ihn mit der Deliktsklage belangen müßte, da das Urteil aus diesem Prozesse doch nur wieder zu einer *actio iudicati* gegen den *filius familias* und zur Personalexekution führen könnte.[2]) Die Kompilatoren aber hatten, nachdem Justinian die *noxae datio* von Hauskindern abgeschafft hatte, ein begreifliches Interesse zu betonen, daß der Haussohn selbst zu belangen sei und für ihre Zeit hatte das guten Sinn, da Vermögensfähigkeit des Hauskindes in weitem Umfange bestand. Nicht ganz so stichhaltig erscheinen diese Erwägungen, wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, daß Julian schon unsere *actio iudicati de peculio* kannte und vielleicht das Bestreben der *noxae datio* des Hauskindes einen Riegel vorzuschieben zur Anerkennung dieser Klage geführt hatte. Warum sollte denn der von seinem Gewalthaber im Stiche gelassene Haussohn nicht haben verlangen können, daß der Noxalgläubiger, um die *actio iudicati de peculio* zu gewinnen, ihn zuerst belange und das insbesondere dann, wenn das *peculium* ausreichend war, die *litis aestimatio* zu decken. Der Gläubiger gab ja damit sein Recht auf Personalexekution des Haussohnes nicht auf. Erschien ihm die *actio iudicati de peculio* be-

---

[1]) D (9, 4) 32.

[2]) A. M. Wyss, Haftung für fremde culpa S. 46.

denklich, weil das Pekulium insuffizient war, so konnte er noch immer mit der *actio iudicati* die Duktion des Haussohnes als Schuldknecht erreichen. Aus diesen Erwägungen könnte man daher vielleicht die oben erwähnten Stellen[1]) für echt halten.

Wir sind nun endlich genügend vorbereitet, um an die Erörterung des Translationsfalles in fr. 57 D (5, 1) herantreten zu können. Wir dürfen hiebei nach den obigen Ausführungen von der Annahme ausgehen, daß Ulpian von der Translation einer Deliktsklage spricht, z. B. der *actio furti*, die ja im 41. Buche des Sabinuskommentars ex professo behandelt wird.[2]) Ist also der *filius familias* mit der *actio furti* belangt worden und stirbt er nach der Litiskontestation, so wird das *iudicium „de peculio vel si quid in rem patris versum est"* auf den Gewalthaber übertragen. Also eine *actio furti de peculio!* Man wird zugeben müssen, daß dieselbe noch befremdlicher wäre als eine *actio iudicati de peculio* auf Grund eines Deliktes.

---

[1]) Auf jeden Fall ist aber fr. 33 D (9, 4) Pomponius l. 19 ad Sab. (so die richtige Inskription anstatt l. 14, Lenel, Pal. zu Pomp. fr. 664 N. 4, 5) interpoliert: *Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, [si servus est: quod si liber est qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est.]* Einmal der künstlich eingeschachtelte Satz *si servus est* und dann die geschraubte Ausdrucksweise *indistincte ipsi sui defensio danda est!* Die Interpolation verrät hier schon der Stil, während die beiden anderen oben zitierten Stellen sprachlich unbedenklich sind. Vgl. jedoch auch Wyss, a. a. O. S. 46 N. 1.

[2]) Bisher wurde das Fragment allerdings nur auf Kontraktsklagen bezogen. Vgl. z. B. Lenel, l'Édit I S. 328 = E. P. S. 225.

Um aus diesen Schwierigkeiten einen Ausweg zu finden, muß man vor allem nach der materiellrechtlichen Translationscausa fragen. Warum wird das *iudicium* auf den Gewalthaber transferiert? Daß der *pater familias* als Erbe in den schwebenden Prozeß tritt, daran ist nicht zu denken. Denn ein *filius familias* kann keinen Erben haben.[1]) Die Sachlage ist vielmehr folgende: Aus dem Delikte des Haussohnes hat der Beschädigte sowohl die Noxalklage gegen den Gewalthaber wie die direkte Klage gegen den *filius familias*. Hat er aber den letzteren geklagt, so ist die Noxalklage konsumiert. Wenn nun der beklagte Haussohn *durante lite* stirbt, so befindet sich der Kläger allerdings in einer sehr üblen Lage. Einerseits ist die Fortsetzung des Prozesses unmöglich, da ein Rechtsnachfolger des Haussohnes nicht vorhanden ist, anderseits ist die Noxalklage gegen den Gewalthaber konsumiert. Darin lag schließlich keine Unbilligkeit. Der Kläger hatte es sich selbst zuzuschreiben, daß er nicht den normalen Weg der Noxalklage betreten hatte, die ihm diese unangenehme Situation erspart hätte. Anders lag die Sache, als die Juristen die *actio iudicati de peculio* aus Delikten des Haussohnes anerkannten. Dies geschah, wie ich oben darzulegen versuchte, wohl in der Absicht, die Befugnis des Gewalthabers zur *noxae datio* einzuschränken. Die *actio*

[1]) D (46, 1) 11 Jul. l. 12 dig.: *Qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent.* Vgl. Girard, Manuel[3] S. 833; Mandry, I S. 187 ff.

iudicati setzte natürlich voraus, daß der Haussohn belangt und verurteilt worden war. Wenn man nun diesen Weg der Rechtsverfolgung begünstigen wollte, so war es nur billig, dem Gläubiger aus der üblen Lage zu helfen, in die er geriet, wenn der Haussohn nach der Litiskontestation starb. Aber auf welche Weise? Eine *restitutio in integrum* hätte nicht geholfen, da nach dem Tode des Delinquenten die Noxalklage nicht mehr möglich war. Indessen bot sich noch ein anderer Ausweg dar. Die römischen Juristen haben die *actio iudicati de peculio* aus Delikten des Haussohnes konstruiert aus dem Prozeßvertrag, den der Haussohn mit dem Kläger geschlossen hatte. Diesen Gesichtspunkt konnte man auch hier verwenden. Der z. B. *ex furto* belangte Haussohn hatte die Litiskontestation vollzogen und damit mit dem Kläger einen Vertrag geschlossen. *(Iudicio contrahitur.)* Dieser Vertrag bildete die Basis für eine *actio de peculio*[1]) beziehungsweise eine *actio de peculio annalis*, wenn der *filius familias* inzwischen verstorben war. Nichts anderes als eine solche *actio de peculio annalis*, gegründet auf den Prozeßvertrag des Haussohnes, ist m. E. das

---

[1]) Vom logisch-juristischen Standpunkt aus entsteht die *actio de peculio* gegen den Gewalthaber sofort mit der Litiskontestation. Doch war normalerweise kein Anlaß, den Gläubiger schon mit diesem Zeitpunkte zur Klage zuzulassen, bevor der Prozeß gegen den Haussohn noch entschieden war. Man darf auch nicht außer acht lassen, daß diese Konstruktion nur Mittel zum Zweck war, daß sie daher eine logische Durchführung bis in die äußersten Konsequenzen nicht verträgt.

auf den Gewalthaber *de peculio*[1]) transferierte *iudicium* des fr. 57 D (5, 1). Von einer Identität beider Prozesse[2]) kann daher keine Rede sein, ebensowenig von einer prozessualen Sukzession. Das auf den Gewalthaber vom Haussohne „übertragene" *iudicium* ist vielmehr ein neuer Prozeß. Welche Schlüsse daraus auf die Konzeption der Translationsformel zu ziehen sind, ob die *intentio* der Formel auf ein *condemnari oportere* des *filius familias* lautete,[3]) welches ja die Grundlage der *actio de peculio* bildete, muß allerdings dahingestellt bleiben.

---

[1]) Ulpian erwähnt allerdings auch noch die Versionsklausel und ich muß bekennen, derzeit eine befriedigende Erklärung dafür nicht zu wissen. Die Versionsklausel ist um so auffallender als sie der parallelen *actio iudicati* fehlt. Sie hat anscheinend den Zweck, dem Gläubiger die ganze *litis aestimatio* zu sichern, falls das Pekulium insuffizient ist und es ist richtig, daß sie für die *actio iudicati* nicht so wichtig ist, weil der Gläubiger dadurch, daß er Personalexekution gegen den Haussohn führt, doch indirekt den Gewalthaber zur Bezahlung nötigen kann. Allein damit ist noch nichts erklärt. Insbesondere weiß ich nicht den zur Begründung der Version erforderlichen Naturalregreßanspruch des Haussohnes zu konstruieren. Vgl. Tuhr, actio de in rem verso, passim. Denn wenn auch der Haussohn durch die Prozeßübernahme den Gewalthaber von der Noxalhaftung befreit, so geriert er doch *negotium proprium* und hätte keinen Regreß, falls er aus dem Pekulium das Urteil erfüllte. Arg. D (15, 3) 11; vgl. auch Tuhr, a. a. O. S. 175.

[2]) Dies wird in der Regel angenommen. Vgl. z. B. Tuhr, a. a. O. S. 147; Lenel, l'Édit I S. 328 = E. P. S. 225. Vgl. ferner Sperl, Sukzession S. 25 N. 1.

[3]) Unmöglich wäre eine solche *intentio* nicht. A. M. Eisele, Beiträge S. 139 N. 58.

Jedenfalls war diese Konstruktion auch bei Kontraktsklagen[1]) verwendbar, um eine *actio de peculio* gegen den Gewalthaber zu rechtfertigen, falls der *filius familias durante lite* starb, und sie mußte angewendet werden, um den Übergang des Prozesses nach dem Tode des *filius familias defensor* auf den Gewalthaber zu vermitteln,[2]) obwohl in solchen Fällen auch eine *restitutio in integrum* zum Ziele geführt hätte.

Indessen sind doch Möglichkeiten denkbar, in welchen diese Theorie nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt. Man denke z. B. an folgenden Fall: Der zum *peculium castrense* gehörige Sklave hat ein Delikt begangen. In einem solchen Falle haftet nicht der Gewalthaber, sondern der *filius familias miles* mit der Noxalklage.[3]) Stirbt nun der mit der Noxalklage belangte *filius familias miles* nach der Litiskontestation, so geht der Prozeß auf seine Erben über, wenn er über das *peculium castrense* letztwillig verfügt hat. Stirbt er aber *intestatus*, so gilt

---

[1]) Allerdings lag hier kein Grund vor, die unmittelbare Klage gegen den Haussohn zu begünstigen; auch wird dieselbe, abgesehen vom *filius familias* mit *peculium castrense*, kaum praktisch gewesen sein, da der Gläubiger aus Kontrakten den Haussohn nicht exequieren und daher erst auf dem Umwege der *actio iudicati* zur Befriedigung aus dem *peculium* gelangen konnte. Vgl. aber oben S. 186 N. 2.

[2]) Arg. D (15, 1) 3, 11 i. f.

[3]) Arg. D (47, 2) 52, 4 Ulp. l. 37 ad edict.: *Idem dicendum est et in filio familias milite: nam ipse patri furti non tenebitur servi autem sui nomine castrensis tenebitur, si patri servus furtum fecerit.* Vgl. auch D (49, 17) 18, 5 und Fitting, Das peculium castrense S. 83.

das Pekulium als Bestandteil des väterlichen Vermögens.[1]) Es muß also *translatio iudicii* auf den Gewalthaber stattfinden. Würde man nun den Gesichtspunkt des *iudicio contrahitur* verwerten, so käme es zu einer *translatio iudicii de peculio*, was offenbar ganz unzulässig wäre, da man auf diese Weise dem Gewalthaber die Befugnis zur *noxae datio* genommen hätte. In welcher Weise die *translatio iudicii* erfolgte, ob durch *restitutio in integrum* oder anders,[2]) muß natürlich dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber konnte der „transferierte" Prozeß nur ein *novum iudicium* sein.

§ 2.

Ein anderer Translationsfall ist uns in fr. 14, 1 und 15 D (9, 4) überliefert. Die Stellen lauten:

fr. 14, 1 Ulpian. l. 18 ad ed.:

Sed et si statuliber sit et ante deditionem exstiterit condicio vel fideicommissa libertas fuerit ante praestita vel existente condicione legati dominium fuerit translatum, arbitrio iudicis absolvi eum oportet: et officii iudicis hoc quoque erit, ut caveatur ei cui deditur ob evictionem ob suum factum contingentem.

fr. 15 Gaius l. 6 ad ed. prov.:

---

[1]) Vgl. D (35, 2) 18 pr., D (49, 17) 9; 14 pr. § 1. Fitting, a. a. O. S. 134 ff., 137 N. 8, Rückziehung der Bedingung S. 11.

[2]) Insoferne das *peculium castrense* Bestandteil des väterlichen Vermögens mit Wirkung ex tunc wurde, konnte man vielleicht die Litiskontestation für nichtig erklären (vgl. D (9, 4) 42 pr.) und auf die Weise Raum für eine neue Noxalklage schaffen.

Praetor decernere debet translationem iudicii in statuliberum fieri: si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant mancipando (D: tradendo[1]) *servum, quia toto suo iure cederet: quod et verum est.*[2])

Beiden Stellen liegt der Fall zugrunde, daß der Erbe wegen eines Deliktes eines *statuliber*[3]) mit der Noxalklage belangt wird. Es sind hier zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

a) Die Bedingung, an welche die testamentarisch hinterlassene Freiheit geknüpft ist, ist zur Zeit der *noxae datio* noch in der Schwebe;

b) sie ist *durante lite* noch vor der *noxae datio* eingetreten.

Die Entscheidung kann aus der Kombinierung der beiden Stellen mit Sicherheit gewonnen werden. Im Falle *a)* kann der beklagte Erbe den *statuliber* mit liberierender Wirkung *noxae* dedieren, im Falle *b)* wird er absolviert und es findet *translatio iudicii* auf den ehemaligen *statuliber* statt. Allerdings gibt Ulpian seine Ent-

---

[1]) Lenel, Pal. zu Gai. fr. 130 N. 4.

[2]) Vgl. zu den im Text angeführten Stellen noch fr. 16 D (9, 4) Iul. l. 22 dig.: *Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc iudicium sine noxae deditione acceperit: et impleta condicione statutae libertatis condemnari debebit, sicuti mortuo servo condemnaretur.*

[3]) Ich sehe zunächst von den in fr. 14, 1 cit. außerdem noch erwähnten Fällen der *fideicommissaria libertas* und des Vindikationslegats des Sklaven ab und beschränke mich auf den *statuliber*, von dem allein auch in fr. 15 die Rede ist.

scheidung nur für die zweite der bezeichneten Möglichkeiten, Gaius nur für die erste. Doch haben die Kompilatoren ersichtlich beide Fragmente nur in stark gekürzter Form aufgenommen. Daß Ulpian auch die *noxae datio* des *statuliber* erwähnt hat, geht aus dem Schlußsatze des fr. 14, 1 hervor, in dem von einer vom Erben bei der *noxae datio* zu leistenden Kaution die Rede ist, wenn auch dieser Satz nicht ganz unverdächtig ist.[1]) Umgekehrt muß aber Gaius auch den von Ulpian besprochenen Fall erwähnt haben. Darauf deutet einmal das „*si vero*", ferner setzt die von Gaius hervorgehobene *translatio iudicii* voraus, daß der Sklave inzwischen durch Eintritt der Bedingung die Freiheit erlangt und daher der von Ulpian

[1]) Eine ähnliche Kaution wird zwar auch in fr. 32 D (9, 4) erwähnt. Doch hat Ulpian kaum geschrieben: *ut caveatur ei cui deditur ob evictionem ob suum factum contingentem.* Es ist indessen möglich, daß die Kompilatoren in dem beanstandeten Satze nur längere Ausführungen Ulpians kurz resumierten. Im übrigen ist zu beachten, daß die einleitenden Worte „*sed et si statuliber sit*" gar nicht recht zum Prinzipium des Fragmentes passen. Dort behandelt Ulpian den Fall, daß der Eigentümer von mehreren wegen desselben Sklaven mit der Noxalklage belangt wird und entscheidet zugunsten der Prävention in der Weise, daß nach der *noxae datio* an den einen Gläubiger dem anderen, wenn ihm nachher der Eigentümer kondemniert worden war, die *actio iudicati* denegiert wird. Gleichwohl wird aber der beklagte Eigentümer kondemniert, wenn ihm auch die *noxae datio* an den zweiten Gläubiger unmöglich geworden ist. Man würde daher eher eine Anknüpfung mit *contra si statuliber sit* erwarten, da der Erbe, wenn ihm die *noxae datio* unmöglich wird, weil inzwischen die Freiheitsbedingung eingetreten ist, nicht kondemniert, sondern vielmehr absolviert wird.

behandelte Fall vorgelegen habe. Denn eine *translatio iudicii* auf den *statuliber* ist ja undenkbar, da ihm die Parteifähigkeit mangelt.[1])

Was nun die von Gaius erwähnte *translatio iudicii* betrifft, so dürfte zunächst soviel als sicher anzunehmen sein, daß der auf den ehemaligen Sklaven „transferierte" Prozeß ein *novum iudicium* ist. Es ergibt sich daraus, daß der Prozeß gegen den Erben durch absolutorisches Urteil erledigt ist und daher in keiner Weise mehr auf eine andere Person „übertragen" werden kann.[2])[3]) Insoweit ist alles sehr einfach. Die Schwierigkeiten der Interpretation beginnen jedoch erst, wenn wir uns die Frage vorlegen, warum der beklagte Erbe absolviert wird. Es ist doch sonst ein Grundsatz des Noxalrechts, daß nach der Litiskontestation der Satz *noxa caput sequitur* nicht mehr

[1]) Arg. D (40, 7) 3, 2.

[2]) Der Scholiast zu Bas. 60, 5 15 (Heimbach, V S. 349) hat sich durch den Ausdruck *μεταφέρειν* = *transferre* allerdings irreführen lassen, wenn er bemerkt: *διὰ τοῦτο ἐδήλωσεν ὅτι τὰ προκεκριμένα τοῦ ἔχοντος τὸν δοῦλον τὸν ὑπὸ αἵρεσιν ἐλεύθερον οὐκ ἀργεῖ, ἀλλὰ κατ' ἀκολουθίαν ἐκείνων δικάσεται καὶ ὁ δοῦλος ἐλευθερωθεὶς σήμερον. δι' αὐτὸ γὰρ εἶπεν τὸ μεταφέρεται, εἰ γὰρ ἀνίσχυρα ἦσαν τὰ προκεκριμένα ἀντὶ οὐδενός, οὐκ ἂν ἐχρήσατο ταύτῃ τῇ λέξει.*

[3]) Daher kann man eigentlich von einer *translatio iudicii* stricto sensu nicht sprechen. Der Fall liegt aber doch anders als in dem oben S. 15, 16 besprochenen fr. 7, 9 D (4, 3), insoferne nämlich, als hier der Prozeß gegen den Erben durch das freisprechende Urteil meritorisch nicht erledigt wird. Er könnte ebensogut durch prätorisches Dekret beendigt werden. Aus diesem Grunde dürfte sich daher die Erörterung dieses Falles in einer Darstellung der *translatio iudicii* rechtfertigen.

gilt, daß sich vielmehr die Noxalobligation in eine Alternativobligation umwandle und der Beklagte zur *litis aestimatio* verpflichtet bleibt, mag er die Möglichkeit der *noxae datio* verschuldeter- oder unverschuldeterweise verloren haben.[1]) Warum diese abweichende Behandlung beim *statuliber*, da dieser doch auch sonst während der Pendenz der Bedingung durchaus als Sklave gilt?[2]) Wenn der

[1]) Girard, les actions noxales S. 435 ff. (In der nouv. revue historique 11). Es muß allerdings hervorgehoben werden, daß nicht alle von Girard, l. c. angeführten Stellen beweisend sind. So vor allem nicht D (9, 4) 37: Der Noxalbeklagte, der nach der Litiskontestation den Sklaven dem Kläger verkauft hat, haftet gleichwohl für die *litis aestimatio*, weil er sich, wie Ulpian ausdrücklich betont, durch seine Schuld der Möglichkeit der *noxae datio* begeben hat. Ebensowenig fr. 16 D (9, 4), da es sich hier um ein *iudicium sine noxae deditione* handelt. Vgl. indessen Girard, a. a. O. S. 435, 436. Falls der Sklave nach der Litiskontestation starb, stand dem Eigentümer, wie wir jetzt aus dem Autuner Gaius IV 82 ff. (vgl. Krüger, Z. R. G, 37 S. 398, 399) wissen, noch immer die *noxae datio* des Leichnams frei. Vgl. auch Gai. IV 81, dazu Huschke, iurisprudentia anteiust. S. 353, 354; Girard, S. 437. Schon aus diesem Grunde allein mußte der beklagte Dominus noch immer zur Litisästimation trotz des Todes des Sklaven verpflichtet bleiben. Für die *actio de pauperie* hingegen ist der im Text ausgesprochene Satz bewiesen durch fr. 37, 1 D (9, 2) und fr. 1, 16 D (9, 1) und dies um so mehr, als hier eine *noxae datio* des Kadavers des schädigenden Tiers nicht zulässig war. Gai. Aut. IV 83. Allein gerade aus diesem Grunde ist ein Analogieschluß auf die Noxalklage *servi nomine* nicht einwandfrei. Es bleiben somit als Beweisstellen nur fr. 58 D (6, 1) sowie fr. 14 pr.; 28 D (9, 4).

[2]) Vgl. D (40, 7) 2 pr.; 3 §§ 7, 17; 6, 3; 10; 15, 1; 16; 25; 34 pr., D (29, 5) 1, 4, D (20, 1) 13, 1, Gai. II 200, Ulp. II 1—3

Noxalbeklagte zur *litis aestimatio* verurteilt wird, falls der Sklave nach der Litiskontestation stirbt oder ihm vom wahren Eigentümer mit der *rei vindicatio* abgenommen wird, warum soll er freigesprochen werden, wenn ihm die *noxae datio* vereitelt wird, weil der Sklave nach der Streitbefestigung zur Freiheit gelangt? Daß die Entscheidung Ulpians befremdlich ist, hat auch Girard in seiner ausgezeichneten Darstellung des römischen Noxalrechts bemerkt. Doch vermag ich der Erklärung, mit welcher dieser Gelehrte die Entscheidung Ulpians mit den allgemeinen Prinzipien des Noxalrechts in Einklang zu bringen sucht, nicht beizustimmen. Girard[1]) sagt: l'action survit également à l'acquisition de la liberté faite au cours du procès par l'esclave *statuliber*, à la translation de la propriété de l'esclave légué sous condition opérée pendant le procès par l'événement de la condition: car le fr. 14 § 1 D (9, 4), qui dit qu'il y a absolution, et qui pourrait faire hésiter, est immédiatement expliqué par le fr. 15, qui prescrit la *translatio iudicii* contre l'affranchi et qui démontre par conséquent que l'action à transférer existe toujours. Girard meint also, wenn ich ihn recht verstehe, daß die Noxalklage dadurch, daß der Sklave *durante lite* die Freiheit erlangt, nicht untergehe, sondern in irgendwelcher Form auf den ehemaligen *sta-*

---

und insbesondere fr. 29 pr. D (40, 7) Pomp. l. 18 ad Qu. Mucium: *Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, eiusdem condicionis sunt statuliberi cuius ceteri.*

[1]) A. a. O. S. 435.

tuliber übertragen werde. Allein damit ist keineswegs erklärt, warum der beklagte Erbe freigesprochen wird. Denn das absolutorische Urteil ergeht doch nicht, weil *translatio iudicii* stattfindet — warum hätten die Juristen nicht ebenso entscheiden sollen, falls der Beklagte *durante lite* den Sklaven auf die *rei vindicatio* des Eigentümers hin herausgeben mußte?[1]) — sondern umgekehrt, weil der beklagte Erbe absolviert wird, wird das *iudicium* auf den *statuliber* übertragen. Außerdem weiß ich nicht, wie Girard sich das auf den ehemaligen Sklaven transferierte *iudicium* vorstellt. Eine Noxalklage, an die Girard eigentlich denken müßte, ist doch unmöglich, abgesehen davon, daß sie schon durch das absolutorische Urteil erledigt ist. Denkbar ist vielmehr nur die direkte Deliktsklage.

Girards Erklärungsversuch dürfte also kaum befriedigen und doch weiß ich ihm keine bessere Deutung der Stelle[2]) entgegenzusetzen. Unter solchen Umständen wird kaum viel anderes übrigbleiben als anzuerkennen, daß der in fr. 14, 1 überlieferte Fall eine Ausnahme von

---

[1]) D (6, 1) 58.

[2]) Man könnte vielleicht die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung zur Erklärung heranziehen. Dann wäre nach Eintritt der Freiheitsbedingung die Sachlage so aufzufassen, als ob der Erbe bereits für einen Freien die Noxalklage übernommen hätte und man könnte dann vielleicht fr. 42, 1 D (9, 4) Ulp. l. 37 ad ed.: *Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet*, heranziehen. Allein dieser Erklärungsversuch muß scheitern, weil gerade beim *statuliber* die Nichtrückwirkung der Bedingung außer Zweifel ist. Vgl. D (40, 7) 16 und Fitting, Rückziehung der Bedingung S. 34 ff.

dem oben angegebenen Prinzipe des Noxalrechts bilde. Unsere Aufgabe kann es daher nur sein, Gründe beizubringen, welche die abweichende Entscheidung des vorliegenden Falles begreiflich machen. Gaius entscheidet mit Berufung auf Sabinus und Cassius, daß der Erbe sich, solange die Freiheitsbedingung schwebe, durch *noxae datio* des *statuliber* von der Noxalhaftung befreien könne. Die Frage, ob der *noxae datio* eines *statuliber* liberierende Wirkung zukomme, scheint unter den römischen Juristen nicht ganz unbestritten gewesen zu sein. Darauf deutet schon die Berufung auf die „*praeceptores*" bei Gaius. Noch deutlicher spricht fr. 9, 2 D (40, 7) Ulp. l. 28 ad Sab.: ***Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari*** rell.

In der Tat ließen sich nicht unerhebliche Bedenken gegen die befreiende Wirkung der *noxae datio* eines *statuliber* geltend machen. Man zog zwar kaum die Zulässigkeit der *noxae datio statuliberi* an sich in Zweifel. Denn daß der Erbe *medio tempore* Eigentümer des *statuliber* war, wurde im Gegensatz zum bedingt vermachten Sklaven wohl nie bestritten,[1]) wohl aber konnte man die liberierende Wirkung der *noxae datio* beanstanden. Die *noxae datio* erfolgte *salva spe libertatis*. Trat also nach derselben die Bedingung, an welche die Freiheit gebunden

[1]) Vgl. Gai. II 200: *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi . . quem constat interea heredis servum esse.* Vgl. auch D (29, 5) 1, 4, D (10, 2) 12, 2.

war, ein, so war der Sklave frei.[1]) Der *noxae accipiens* war dann in der übelsten Lage. Die Noxalklage hatte er nicht mehr und ob er gegen den *statuliber* mit der *actio directa* klagen konnte, mochte sehr zweifelhaft erscheinen, weil er den Delinquenten bereits einmal in seiner *potestas* gehabt hatte.[2]) Außerdem ist zu erwägen, daß der Satz, daß der Sklave nach Erlangung der Freiheit aus früher begangenen Delikten klagbar verpflichtet werde, erst bei Labeo nachweisbar ist und demnach wohl erst aus spät republikanischer Zeit stammt.[3]) Doppelt stark fielen diese Erwägungen ins Gewicht, wenn die *noxae datio* erst nach der Litiskontestation erfolgt war. Denn man konnte dann einwenden, daß mit der Noxalklage zugleich auch die *actio directa* konsumiert sei.

Es waren also nicht gering zu achtende Gründe, welche gegen die Zulässigkeit der *noxae datio* eines *statuliber* sprechen mochten. Indessen ist die von Gaius referierte Ansicht des Sabinus und Cassius in der Kompilation die durchaus herrschende und die wenigen unsicheren Spuren,

---

[1]) Ulpian in fr. 9 pr. D (40, 7): *sed deditus sperare adhuc libertatem poterit: nec enim deditio spem illi adimit libertatis.*

[2]) Vgl. die Kontroverse zwischen Sabinianern und Proculeianern bei Gai. IV 78. In der Kompilation ist die Ansicht der Sabinianer, nach welchen die Noxalklage ausgeschlossen war, wenn der Beschädigte den Delinquenten vorher einmal in seiner Gewalt gehabt hatte, durchgedrungen. Vgl. I (4, 8) 6. Spuren der proculeianischen Lehre finden sich, wie Girard, a. a. O. S. 420 N. 1 hervorhebt, in fr. 65 D (47, 2).

[3]) Vgl. D (47, 10) 17, 7. Pernice, Labeo I S. 117 ff.; Buhl, Salvius Julianus S. 200 ff.; Wlassak, P. G. II S. 116.

die auf Kontroversen der römischen Juristen in diesem Punkte deuten, könnten nicht einmal eine Vermutung stützen. Allein die Heranziehung eines analogen Falles wird uns vielleicht doch instand setzen, zu bestimmteren Resultaten zu gelangen. Ich denke hiebei an den *servus fructuarius*.[1]) Gleich wie beim *statuliber* konnte auch hier die Frage aufgeworfen werden, ob sich der Noxalgläubiger die *noxae datio* eines mit einem Nießbrauch belasteten Sklaven gefallen zu lassen brauche, da er doch Gefahr lief, daß ihm derselbe vom Usufruktuar wieder abgenommen wurde. Gaius behandelt im 6. Buche seines Kommentars zum Provinzialedikt in der Tat beide Fälle als durchaus zusammengehörig.[2]) Bezüglich der *noxae datio* des *servus fructuarius* gestatten es die Quellen, zu greifbareren Ergebnissen zu gelangen und es wird vielleicht nicht zu gewagt erscheinen, wenn wir dieselben auch für den *statuliber* entsprechend verwerten.

Hat der *servus fructuarius* ein Delikt begangen, so ist zur Noxalklage der Eigentümer und nicht der Nießbraucher

---

[1]) Diese interessante Materie ist eingehend behandelt von Kuntze, der servus fructuarius, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Ad. Schmidt, Leipzig 1889.

[2]) *Noxae datio* des *statuliber:* fr. 15 D (9, 4), des *servus fructuarius:* fr. 27 pr. D (9, 4). Lenel, Pal. zu Gai. fr. 130 und 133. Ob demnach fr. 131 = D (9, 4) 23 und fr. 132 = D (9, 4) 25 bei Lenel am richtigen Platze stehen, ist mir zweifelhaft. Ich halte es für wahrscheinlicher, daß fr. 133 unmittelbar an fr. 130 anzuschließen sei. Vgl. auch fr. 27, 1: *Ex his, quae diximus de servo, qui alicui pignoris iure obligatus est deque statulibero et de eo cuius ususfructus alienus est, apparet* rell.

passiv legitimiert.[1]) Eine ältere Ansicht, vertreten durch den jüngeren Celsus, ging nun dahin, daß die *noxae datio* des *servus fructuarius* erst dann als Erfüllung anzusehen sei, wenn der Nießbrauch nachträglich in Wegfall komme.

D (46, 3) 69[2]) Celsus l. 24 digest.:

Si hominem, in quo usus fructus alienus est vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec exspectabimus, ut creditor evincat. Sed si usus fructus interierit vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem.

D (42, 1) 4, 8 Ulpian. l. 58 ad ed.:

***Celsus** scribit, si noxali condemnatus eum servum, in quo usus fructus alienus est, noxae dedisti, posse tecum adhuc agi iudicati: sed si usus fructus interierit, liberari ait.*

Daraus folgt, daß der Usufruktuar mit der *confessoria*, der Pfandgläubiger mit der *hypothecaria* den Sklaven dem

---

[1]) Vgl. fr. 18 D (9, 4), Kuntze, a. a. O. S. 44; Elvers, röm. Servitutenlehre S. 515. D (2, 9) 3 Ulp.: *Si cum usufructuario noxali iudicio agetur isque servum non defenderit, denegatur ei per praetorem usus fructus persecutio* steht nicht entgegen, wie Elvers, S. 515 N. gg mit Recht bemerkt. Der Tatbestand der Stelle ist wahrscheinlich der, daß der Eigentümer belangt worden war und ein dilatorisches Vadimonium abgeschlossen hatte, um die Meinung des Nießbrauchers einzuholen. Darauf deutet schon die Titelrubrik: *Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.* Vgl. Lenel, l'Édit I S. 93.

[2]) Diese Stelle ist, nebenbei bemerkt, das „erste direkte Zeugnis der Digesten für den dinglichen Klageschutz der Hypothek". Manigk, Zur Geschichte der röm. Hypothek (Breslau 1904) S. 52.

noxae accipiens wegnehmen konnte. Sein Anspruch ging vor, weil die Last der Noxalhaftung wirtschaftlich und rechtlich auf den Schultern des Proprietars lastete.[1]) Celsus spricht allerdings nur von einer bereits nach der Verurteilung des Eigentümers erfolgten *noxae datio* und gewährt für diesen Fall dem *noxae accipiens* die *actio iudicati* auf die Litisästimation. Doch wird man daraus wohl schließen dürfen, daß auch vorher der Gläubiger die *noxae datio* nicht anzunehmen brauchte, wenn ihm der Proprietar nicht Kaution für den Fall leistete, daß der Nießbraucher sein Recht geltend machte. Einen anderen Standpunkt vertreten Gaius, Paulus und Ulpian.

D (9, 4) 27 pr. Gaius l. 6 ad ed. prov.:

Si noxali iudicio agitur de servo . . . cuius usus fructus alterius est, admonendi sumus, si . . . usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum et . . . usus fructus actionem negaturum rell.[2])

D (9, 4) 17, 1 Paul. l. 22 ad ed.:

Si plures eiusdem servi nomine noxali mecum agere velint vel si unus pluribus iudiciis eiusdem servi nomine agat, in quo usus fructus tuus, proprietas mea sit, officio iudicis continebitur, cum eum noxae dedero, ut etiam usum fructum actoris faciam: sed per praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat praetor te pro aestimatione usus fructus conferre ad

[1]) Vgl. Elvers, a. a. O. S. 77, 78, 514.

[2]) Vgl. zu dieser Stelle Kuntze, S. 45; Elvers, S. 512, 513; Schlesinger, Z. R. G. 8 S. 215, 216.

litis aestimationem aut usu fructu cedere, si hoc expediat. et si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi permittenda est, et si damnatus hominem tradas, et adversus me tueris.[1])

D (9, 4) 26, 6 Paul. l. 18 ad ed.:

Idem (d. h. Restitution nach erfolgter Duktion des Sklaven) *concedendum est fructuario . . . si praesens dominus defendere noluerit, ne alterius dolus aut desidia aliis noceat.*

D (7, 1) 17, 2 Ulpian. l. 8 ad Sab.:

Proprietarius autem et servum noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat . . . debebit plane denegari usus fructus persecutio, si ei qui noxae accepit litis aestimatio non offeratur a fructuario.[2])

Die Ansicht, welche Gaius, Paulus und Ulpian vertreten, ist der Lehre Celsus' gerade entgegengesetzt.[3])

---

[1]) Die Stelle ist stark verderbt. Paulus handelt im Anfange von einem ganz anderen Fall als im folgenden. Vgl. Lenel, Pal. zu Paul. fr. 369 N. 1. Ferner ist zunächst vom *officium iudicis* die Rede, welches dem Kläger Sicherheit gegen Angriffe des Usufruktuars verschaffen soll, und gleich darauf heißt es, daß der beklagte Eigentümer *per praetorem* Wirksamkeit der *noxae datio* erreichen wird. Es fehlt also jeder Gegensatz zu dem *sed per praetorem id consequar*. Jedenfalls kann die Stelle erst von diesen Worten an mit Sicherheit verwertet werden. Wahrscheinlich haben die Kompilatoren ungeschickt gekürzt.

[2]) Vgl. ferner das oben S. 209 N. 1 abgedruckte fr. 3 D (2, 9) Ulpian.

[3]) Der Widerspruch zwischen Celsus einerseits, Gaius, Paulus und Ulpian anderseits ist zu offenliegend als daß Vereinigungs-

Die *noxae datio* des *servus fructuarius* liberiert den Proprietar unbedingt und schafft dem *noxae accipiens* Sicherheit vor etwaigen Angriffen des Nießbrauchers, indem letzterem die *confessoria* denegiert wird. Damit ist natürlich vereinbarlich, daß dem Nießbraucher ein Defensionsrecht, ferner die Befugnis eingeräumt wird, den *noxae* dedierten Sklaven gegen Bezahlung der *litis aestimatio* auszulösen, daß er sogar Restitution gegen die *noxae datio* erlangen kann, wenn dieselbe hinter seinem Rücken dolos vom Proprietar vorgenommen worden ist.[1]) Wirtschaftlich ist jetzt die Last der Noxalhaftung auf den Nießbraucher abgewälzt[2]) und dies ist

---

versuche zu befriedigenden Ergebnissen führen könnten. Wenn daher Elvers, a. a. O. S. 517 N. mm die nach fr. 69 D (46, 3) dem *noxae accipiens* zustehende *actio iudicati* auf die Litisästimation aus dem Grunde für berechtigt hält, weil sich derselbe die Ungewißheit, ob der Nießbraucher von seinem Einlösungsrechte Gebrauch machen werde oder nicht, nicht zu gefallen lassen brauche, so ist darauf zu erwidern, daß dieser Fall nicht vereinzelt ist. Vgl. z. B. D (9, 4) 28. Ferner darf man sich wohl nicht vorstellen, daß dem Usufruktuar das Einlösungsrecht in infinitum zugestanden habe. Der *noxae accipiens* wird wohl die Befugnis gehabt haben, dem Nießbraucher eine Sommationsfrist zu setzen. Außerdem wurde wohl in der Regel der Nießbraucher vor der *noxae datio* gehört und endlich erwähnt Celsus mit keinem Worte, daß dem Nießbraucher beziehungsweise dem Pfandgläubiger die *confessoria (hypothecaria)* nur gegen Realoblation der *litis aestimatio* zustehe.

[1]) Darauf spielt wohl Ulpian an, wenn er sagt (fr. 17, 2 cit.): *proprietarius noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat.*

[2]) Nach Paulus fr. 17, 1 D (9, 4) soll allerdings der Nießbraucher *pro aestimatione usus fructus* zur Litisästimation beitragen.

insoferne berechtigt, als er doch auch die Vorteile der Nutzung hat.[1])

Gestützt auf diese Beobachtungen sind wir nun in der Lage, den Entwicklungsgang der Theorie bei dem nahe verwandten Fall der *noxae datio* eines *statuliber* mit einiger Wahrscheinlichkeit zu rekonstruieren. Es hat demnach eine ältere Lehre, von der sich nur mehr einige wenige Andeutungen in den Digesten finden, gegeben, nach welcher der *noxae datio* eines *statuliber* nur dann liberierende Wirkung zukam, wenn nachträglich die *condicio libertatis* defizierte. Vom Standpunkte dieser Lehre aus war es nur konsequent, wenn man den beklagten Erben auch dann zur Leistung der *litis aestimatio* verpflichtete, falls *durante lite* die Manumissionsbedingung eintrat. Denn er hätte dieselbe auch zahlen müssen, wenn er nach dem Urteil im Noxalprozesse den *statuliber noxae* dediert hätte und dieser nachher durch Erfüllung der Bedingung zur Freiheit gelangte. Früher jedoch als beim *servus fructuarius* kam die entgegengesetzte Meinung,

---

Dieselbe soll offenbar zwischen Proprietar und Nießbraucher im Wertverhältnisse vom *nudum ius* und Ususfrukt aufgeteilt werden. Vgl. Elvers, S. 520. Allein so richtig dies logisch und theoretisch sein mag, so schwer ist es praktisch durchführbar. Man berechne einmal den Wert des *nudum ius* bei einem Sklavennießbrauch auf Lebenszeit, wenn man weder die Lebensdauer des Sklaven noch des Nießbrauchers weiß. Ich glaube kaum, daß die Römer die Wahrscheinlichkeitsrechnung soweit beherrschten, um solche Aufgaben lösen zu können. Paulus fügt daher nicht umsonst bei „*si hoc expediat*".

[1]) Vgl. Kuntze, S. 29 ff., D (7, 1) 21, Gai. II 91.

welche der *noxae datio* eines *statuliber* unbedingt liberierende Wirkung beilegte, zur Herrschaft. Welche Gründe für diesen Frontwechsel entscheidend waren, läßt sich allerdings nur vermuten, nicht beweisen. Wahrscheinlich hat die Anerkennung der klagbaren Verpflichtung des manumittierten Sklaven aus Delikten dazu den Anstoß gegeben. Denn man wäre bei Festhaltung der alten Lehre zu dem widerspruchsvollen Ergebnis gekommen, daß der Erbe gerade dann, wenn er seinen Verpflichtungen nachkam, d. h. *noxae* dedierte oder den Noxalprozeß übernahm, unabweislich die Noxalhaftung auf sich nahm und der schuldige *statuliber* straflos ausging, während jener mit der *actio directa* haftete, wenn die Freiheitsbedingung zufälligerweise schon vor der *noxae datio* eingetreten war.[1]) Allerdings geschah diese Entlastung der Erben auf Kosten des Noxalgläubigers. Denn erlangte der *noxae* dedierte *statuliber* nachträglich die Freiheit, weil die Manumissionsbedingung eintrat, so war es, wie schon oben hervorgehoben wurde, sehr fraglich, ob der *noxae accipiens* jetzt noch die direkte Deliktsklage hatte. Indessen für den uns interessierenden Fall, daß die *condicio libertatis* noch während des Noxalprozesses eintrat, war ihm geholfen, indem der Prätor *translatio iudicii* auf den *statuliber* gestattete. Dieselbe erforderte aber eine *restitutio in integrum*, da die *actio directa* durch die

[1]) Vgl. auch D (2, 9) 6 Paul. l. 11 ad Sab. bezüglich des Vadimoniums bei der Noxalklage: *Sed si statuliberum sisti promissum sit, in eadem causa sisti videtur, quamvis liber sistatur, quod implicitus ei casus libertatis fuerit.*

Noxalklage bereits konsumiert war.[1]) Von einer Prozeßsukzession kann keine Rede sein, denn das transferierte *iudicium* war nichts anderes als die *actio directa*, also neuer Prozeß. Der Noxalprozeß war ja bereits durch das absolutorische Urteil erledigt.[2])

Einfacher ist der zweite von Ulpian hervorgehobene Fall der *fideicommissaria libertas praestita* zu erklären. Der fideikommissarisch freigelassene Sklave bedurfte bekanntlich zur Erlangung der Freiheit noch der förmlichen Manumission seitens des mit dem Freiheitsfideikommiß belasteten Erben, war also *medio tempore* zweifellos Sklave des Erben.[3]) Doch hatte der Sklave gegen den Erben einen zwangsweise durchsetzbaren Anspruch auf Freilassung, dem nach der späteren Senatsgesetzgebung sogar direkte

[1]) D (9, 4) 24, D (47, 2) 42, 1. Über die rechtliche Natur der Deliktsobligation des Sklaven, auf welcher die *actio directa* fußt, vgl. Bechmann, Krit. Vierteljahrsschrift 10 S. 316; Girard, Nouv. rev. hist. 12 S. 34, 35, 37 N. 1; Bekker, Recht des Besitzes S. 50 ff.; Wlassak, P. G. II S. 115 ff. Die Klage war wahrscheinlich eine prätorische. Wlassak, a. a. O. S. 117 und N. 33 ebenda.

[2]) Wesentlich anders mußte sich die Situation gestalten, wenn bereits der Erblasser mit der Noxalklage belangt worden war und *durante lite* starb, nachdem er dem Sklaven *sub condicione* die Freiheit geschenkt hatte. Der Prozeß ging dann auf den Erben über. Trat nun jetzt noch vor dem Urteil die Freiheitsbedingung ein, so haftete der Erbe wohl auf die Litisästimation. Denn der beklagte Erblasser hatte sich aus eigenem Verschulden außer Möglichkeit gesetzt, die *noxae datio* zu prästieren und dafür mußte auch der Erbe einstehen. Arg. D (9, 4) 38 pr.

[3]) Ulp. II 7—9, C (7, 4) 11, Glück-Leist, Pand. (Serie der Bücher 37 und 38) 4. Bd. S. 430 N. 38.

Erzwingbarkeit zukam.[1]) Angesichts des Umstandes, daß der fideikommissarisch freigelassene Sklave auf jeden Fall zur Freiheit gelangen mußte,[2]) wäre es doch unbillig gewesen, dem Erben bedingungslos die Noxalhaftung aufzubürden und den Sklaven straflos ausgehen zu lassen, wenn der erstere einmal die Litiskontestation der Noxalklage vollzogen hatte.[3]) Dem Sklaven in einem solchen Fall den Freiheitsanspruch zu versagen, verbot der *favor libertatis*, anderseits war ein Regreßanspruch des Erben

[1]) Vgl. die Zusammenstellung der hieher gehörigen Senatuskonsulte bei Glück-Leist, a. a. O. S. 431 N. 39. In Betracht kommt hauptsächlich das S. C. Rubrianum und Dasumianum. D (40, 5) 26, 7; 36 pr. Vgl. auch D (40, 5) 51, 9 Marcian. l. 9 instit.: *Sive iusta ex causa abest sive latitet sive praesens non vult manumittere, pro absente eum haberi divus Pius rescripsit.* Vgl auch I. Pfaff, condemnatio pecuniaria S. 53, 54.

[2]) Beim *statuliber* war es wenigstens vorläufig ungewiß, ob die Freiheitsbedingung eintreten werde.

[3]) Ob man analog wie beim *statuliber* die liberierende Wirkung der *noxae datio* eines fideikommissarisch freigelassenen Sklaven in Zweifel zog, wissen wir nicht. Wahrscheinlich ist mir dies nicht. Allerdings war der *noxae accipiens* zur Freilassung des Sklaven verpflichtet. Vgl. D (40, 5) 28 pr.; 29; 30, 16; 51 pr. Allein wenn er dann keine *actio directa* mehr gegen den *libertus* hatte, so geschah ihm damit kein Unrecht. Er hätte bis zur Manumission warten und dann den Freigelassenen mit der *actio directa* belangen sollen. Auch wird sich der Erbe kaum zur *noxae datio* entschlossen haben, da er dadurch wenigstens nach älterem Recht um seine Patronatsrechte kam. Vgl. indessen D (40, 5) 24, 21; 26 pr. Der *statuliber* wird *condicione existente libertus orcinus*. Vgl. darüber des näheren I. Pfaff, Über den libertus orcinus, Sitz. Ber. der Wiener Akad. 1893.

auf Ersatz der *litis aestimatio* gegen den manumittierten Sklaven kaum zu konstruieren. Unter solchen Umständen war die von Ulpian und Gaius angedeutete Lösung die einzig sachentsprechende. Der Erbe wurde absolviert, wenn er *durante lite* den Sklaven freiließ, und es fand *translatio iudicii* auf den manumittierten Sklaven statt. Damit war zugleich dem Erben ein Motiv, der Freilassung Hindernisse in den Weg zu legen, genommen. Denn dazu hätte er alle Ursache gehabt, wenn er trotz der Manumission noch zur Leistung der *litis aestimatio* verpflichtet gewesen wäre. Praktisch dürfte es im übrigen kaum gewesen sein, daß der Beschädigte den Erben wegen eines fideikommissarisch freigelassenen Sklaven mit der Noxalklage belangte. Da es ja sicher war, daß der Sklave zur Freiheit gelangen werde, so wird der Gläubiger wohl besser getan haben, bis zur Manumission zu warten und dann den Freigelassenen mit der *actio directa* zu belangen.

Am merkwürdigsten ist immerhin der dritte von Ulpian berichtete Fall. Demnach soll der mit der Noxalklage weges eines *per vindicationem* bedingt vermachten Sklaven belangte Erbe[1]) absolviert werden, wenn *durante lite* die Bedingung eintritt und das Eigentum am Sklaven

[1]) Die Streitfrage zwischen Sabinianern und Prokuleianern, ob die bedingt *per vindicationem* vermachte Sache während des Schwebens der Bedingung *res heredis* oder *res nullius* sei, berührt uns hier nicht, da Ulpian ausgesprochen der Meinung der Sabinianer huldigt. Vgl. Gai. II 200, D (29, 5) 1, 4, D (10, 2) 12, 2. Für die Prokuleianer mochte es auch zweifelhaft sein, ob der Erbe *medio tempore* zur Noxalklage passiv legitimiert sei.

somit dem Legatar erworben wird. Offenbar findet dann — das müssen wir ergänzen — *translatio iudicii* auf den Legatar statt. Allerdings fällt dem Legatar die Noxalhaftung zur Last,[1]) allein die Heranziehung eines ganz analogen Falles zeigt, daß man auch auf anderen Wegen zum erwünschten Ziele gelangen konnte. Fr. 58 D (6, 1) Paul. l. 3 epitomarum Alfeni dig.:

> *A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. sed si prius de furto iudicium factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quominus hominem traderet.*[2])

Hier braucht der Noxalbeklagte, wenn *durante lite* der Sklave ihm vom wahren Eigentümer abgestritten wird, dem richterlichen Restitutionsbefehl nur dann Folge zu leisten, wenn ihm der Eigentumskläger Kaution für den Fall leistet, daß er im Noxalprozesse verurteilt wird

---

[1]) D (30) 70 pr.; 45, 2. Anders, wenn der Sklave generell *per damnationem* vermacht ist. D (30) 45, 1. Windscheid-Kipp, Pand.[8] III S. 641 N. 6; Glück-Arndts, Pand. 46 S. 178.

[2]) Vgl. auch D (9, 4) 28.

und die Litisästimation zahlen muß. Allein die Restitution des Sklaven an den Eigentümer befreit den Beklagten nicht von der Noxalklage.

Die rechtliche Situation ist in unserem Falle nun ganz dieselbe. Der Legatar erwirbt mit Eintritt der Bedingung sofort Eigentum und die *rei vindicatio.* Allein Ulpian entscheidet nicht, daß der Erbe dem Legatar zur Herausgabe des Sklaven nur gegen Kaution, ihn für die etwaige Verurteilung im Noxalprozesse sicher zu stellen, verpflichtet sei, sondern der Erbe wird freigesprochen und der Prozeß geht auf den Legatar über. Beide Wege führen zum gewünschten Resultat, d. h. zur Überwälzung der Noxalhaftung auf den Eigentümer (Legatar).[1]) Der von Ulpian eingeschlagene Weg ist entschieden für den Legatar günstiger. Während er nach Paulus-Alfenus das Ergebnis des ihm fremden Noxalprozesses gegen sich gelten lassen mußte, bekommt er nach Ulpian die Führung des Prozesses selbst in die Hand. Dieser Modus war indessen auch für den Noxalbeklagten vorteilhafter. Denn nach der in fr. 58 cit. angegebenen Regelung war er auf den immerhin nicht ganz sicheren Regreß aus der Stipulation verwiesen, wenn er die Litisästimation bezahlt hatte, während er nach der von Ulpian vertretenen

---

[1]) Natürlich konnte der Erbe, solange die Bedingung noch nicht erfüllt war, die *noxae deditio* des Sklaven vornehmen. Arg. fr. 58 cit. i. f. Die Vindikation des Sklaven vom *noxae accipiens* war seitens des Legatars nach Eintritt der Bedingung wohl nur dann statthaft, wenn er sich zur Zahlung der *litis aestimatio* bereit erklärte. Vgl. auch D (9, 4) 28.

Meinung sofort aller Verpflichtungen ledig wurde. Ein bestimmter Grund, der die abweichende Regelung beim Legatar *per vindicationem* erklären würde, dürfte indessen kaum beigebracht werden können. M. E. bestätigt die Entscheidung Ulpians nur neuerlich die bereits von Girard[1]) gemachte Beobachtung, daß die Jurisprudenz der severischen Zeit das im älteren Rechte[2]) wohl ausnahmslos geltende Prinzip, daß *post litem contestatam* der Noxalbeklagte alternativ zur Leistung der *litis aestimatio* oder zur *noxae datio* verpflichtet sei, bereits mit Erfolg an mehreren Stellen durchbrochen hatte. Was die *translatio iudicii* betrifft, so braucht nach dem bisher Bemerkten kaum hervorgehoben zu werden, daß das auf den Legatar transferierte *iudicium* neuer Prozeß war, für den erst Raum geschaffen werden mußte durch eine *restitutio in integrum*, da die Noxalklage durch die Litiskontestation mit dem Erben bereits konsumiert war.

§ 3.

Von einem weiteren Translationsfall berichtet fr. 24, 4 D (40, 12) Paul. l. 51 ad ed.:

Aeque si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem

---

[1]) Les actions noxales S. 436, 437. Vgl. D (9, 2) 1, 16.

[2]) Man beachte, daß Paulus in fr. 58 cit. nur die Ansicht Alfens referiert. Alfen war Schüler von Servius, gest. 43 v. Chr. Vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen S. 63 ff.

adsertus sit, (D: proclamaverit[1]) *sustinendum iudicium, ut, si liber iudicatus sit, in ipsum transferatur iudicium: et, si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam.*

Zu dieser Stelle ist zu vergleichen fr. 42 pr. D (9, 4) Ulp. l. 37 ad ed.:

Si in libertatem adseratur (D: ad libertatem proclamaverit[2]) *is cuius nomine noxale iudicium susceptum est, sustineri debet id iudicium, quoad de statu eius iudicetur: et sic, si quidem servus fuerit pronuntiatus, noxale iudicium exercebitur, si liber, inutile videbitur.*

Der Besitzer eines Sklaven ist mit der Noxalklage belangt worden. Nach der Litiskontestation[3]) erhebt der Assertor des Sklaven die *vindicatio in libertatem.*[4]) Paulus

---

[1]) Lenel, Pal. zu Paul. fr. 646 N. 3. Wlassak, Grünh. Ztschr. 9 S. 715 ff. hat allerdings mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß man keineswegs *proclamare in libertatem* immer für *adserere in libertatem* interpoliert ansehen dürfe. *Proclamatio in libertatem* ist nach Wlassak, a. a. O. S. 723 ein rein magistratisches Verfahren, in welchem es sich um die Zulassung beziehungsweise Aufstellung eines Assertors handelt. Für die im Text abgedruckte Stelle dürfte indessen die Interpolation wohl sicher sein, da man auf die bloße *proclamatio* im Sinne Wlassaks hin kaum einen Prozeß sistiert hätte. Für das griechische Recht vgl. Maschke, Der Freiheitsprozeß im klassischen Altertum S. 82.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1050 N. 1. Bezüglich der Interpolation vgl. die vorige Note.

[3]) Vgl. das *agi coeperit* in fr. 24, 4 cit. und das *iudicium susceptum est* in fr. 42 pr. cit.

[4]) Ob dieselbe die Form eines *praeiudicium* oder einer *vindicatio* hatte, ist bekanntlich zweifelhaft. Gegen das *praeiudicium*

entscheidet, daß bis zum Ausgange des präjudizierenden[1]) Freiheitsprozesses mit dem Noxalprozeß ausgesetzt werden muß. Wird im Freiheitsprozesse *contra libertatem* entschieden, so nimmt natürlich der Noxalprozeß seinen Fortgang.[2]) Fällt hingegen das Urteil zugunsten der Freiheit aus, so soll *translatio iudicii* stattfinden. Wie haben wir uns nun diese *translatio iudicii* juristisch vorzustellen? Keinesfalls kann man annehmen, daß die Noxalklage auf den Sieger im Freiheitsprozesse übergehe. Das *iudicium*, welches „übertragen" wird, kann vielmehr nur die *actio directa* sein. Diese scheint aber durch die Noxalklage bereits konsumiert[3]) und es wäre demnach zur Durchführung der *translatio iudicii* eine *restitutio in integrum* erforderlich. Ulpian indessen, der in fr. 42 pr. cit. denselben Fall behandelt, entscheidet anders. Das *noxale iudicium* ist *inutile*, nichtig, wenn im Freiheitsprozesse zugunsten des Klägers entschieden worden war, d. h. mit anderen Worten: die Litiskontestation selbst ist nichtig. Ist dem aber so, so ist natürlich nichts konsumiert und der Anstellung der *actio directa* steht kein Hindernis entgegen. Nun spricht allerdings Ulpian mit keinem Worte von einer *translatio iudicii*. Indessen liegt es in der Natur der Sachlage, daß dem Noxalkläger auf irgendwelche Weise

---

Lenel, l'Édit II S. 110 ff. = E. P. S. 305 ff. Vgl. ferner Ubbelohde, Gött. gel. Anzeigen (1888) S. 360 ff.; Girard, Manuel[3] S. 100, 101 und N. 7 ex S. 100; Maschke, Freiheitsprozeß S. 6 ff.

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 337, 652.

[2]) fr. 42 pr. cit.

[3]) Vgl. oben S. 215 N. 1.

geholfen werden muß, da der Noxalprozeß nicht fortgesetzt werden kann. Nach Paulus geschieht dies durch *translatio iudicii*, nach Ulpian dadurch, daß infolge der Nichtigkeit der ersten Litiskontestation dem Beschädigten die Anstellung der *actio directa* ermöglicht wird. Will man darin einen Widerspruch zwischen beiden Juristen sehen, so weiß ich für die *translatio iudicii* der Paulusstelle keine andere Erklärung, als daß der Prätor auf Grund vorhergegangener *restitutio in integrum* die *actio directa* gewährte, indem er gleichzeitig den Noxalprozeß durch *iudicare vetare* niederschlug. Es wäre aber möglich, daß auch Paulus die von Ulpian vertretene Konstruktion zugrunde legte und mit dem *transfertur iudicium* nichts anderes meinte, als daß dem Noxalkläger infolge der Nichtigkeit der ersten Litiskontestation die *actio directa* gegen den Sieger im Freiheitsprozesse freistehe. Welche von beiden hier vorgeschlagenen Erklärungen die richtige ist, läßt sich natürlich nicht entscheiden. Auf keinen Fall aber kann man in der *translatio iudicii* des fr. 24, 4 cit. eine prozessuale Sukzession erblicken. Das *translatum iudicium* ist unter allen Umständen neuer Prozeß. Das wenigstens dürfte der Vergleich mit fr. 42 pr. cit. mit Sicherheit ergeben.

Für die erste der hier als möglich bezeichneten Erklärungen scheint allerdings der Schlußsatz des fr. 24, 4 cit. zu sprechen. Es ist denkbar, daß die Noxalklage bereits bis zum Urteil gediehen war, sei es weil der Statusprozeß erst im *tempus iudicati* rechtshängig wurde,[1])

[1]) Vgl. Wenger, actio iudicati S. 221.

sei es weil die Noxalklage zur Zeit der Anhängigmachung des Statusprozesses der Prozeßverjährung nahe war, so daß es nicht angebracht erschien, mit dem Noxalprozeß dem ungewissen Ausgang des Freiheitsprozesses zuliebe innezuhalten. In solchen Fällen gewährt nun Paulus die *actio iudicati* aus dem Urteil im Noxalprozesse gegen den im Statusprozesse als Freien hervorgegangenen Sklaven.[1]) Das setzt natürlich ein giltiges Urteil und eine giltige Litiskontestation im Noxalprozesse voraus und man kann daraus schließen, daß Paulus auch für den Fall, daß es zur *translatio iudicii* kam, derselben Ansicht sein mußte. Ich verkenne nicht, daß diese Folgerung einleuchtend ist, möchte aber doch ihr gegenüber folgende Erwägung zur Diskussion stellen: wenn Ulpian das *noxale iudicium* für nichtig erklärt, so geschieht dies doch nur deshalb, weil er die zur *translatio iudicii* sonst erforderliche *restitutio in integrum* vermeiden will. Daß die Litiskontestation nichtig sein soll, war an sich logisch gar nicht zwingend.[2])

---

[1]) Das Urteil im Noxalprozesse lautete allerdings alternativ auf Zahlung der *litis aestimatio* oder *noxae datio*. Die Iudikatsobligation aber ist gerichtet auf Leistung der *litis aestimatio* mit alternativer Ermächtigung des Schuldners, sich durch *noxae datio* zu liberieren. Vgl. Girard, les actions noxales S. 448, 449; Baron, Abhandlungen zum röm. Z. P. II S. 56 und die N. 17 ebenda Zitierten; D (42, 1) 6, 1, D (5, 3) 20, 5. Vgl. auch Wenger, actio iudicati S. 64 ff., 171 N. 20. Nach vollzogener Litiskontestation der *actio iudicati* geht die Alternativermächtigung des Noxalschuldners verloren.

[2]) Man könnte ebensogut behaupten, daß der Prätor das *noxale iudicium*, nachdem im Statusprozesse *secundum libertatem* ent-

Es handelte sich also doch nur um einen Konstruktionsbehelf, den man wieder fallen lassen konnte, wenn er in concreto zu keinem befriedigenden Ergebnis führte. Das letztere traf nun in der Tat zu, wenn der Noxalprozeß vor Entscheidung der *liberalis causa* schon zum Urteil gediehen war. Es hätte keinen Sinn gehabt, den ganzen Prozeß zu reassumieren, da doch im Noxalprozeß dieselbe Frage schon zur Entscheidung gebracht war. Allerdings haftete der für frei erklärte Sklave jetzt mit der *actio iudicati* und dieser Klage gegenüber war die Verteidigungsmöglichkeit durch die Gefahr der Litiskreszenz immerhin eingeengt. Allein er gewann dadurch einen anderen Vorteil. War der Pseudodominus mit der *actio furti noxalis* belangt worden, so wäre der in der *liberalis causa* siegende Sklave bei Reassumtion des ganzen Verfahrens wegen Diebstahls kondemniert und infam geworden. Diesem Nachteil entging er, wenn er lediglich mit der *actio iudicati* haftete.

Ich halte es daher nicht für ausgeschlossen, daß Paulus trotz seiner Entscheidung bezüglich der *actio*

---

schieden war, durch Dekret abolieren oder daß der Geschworene jetzt den Noxalbeklagten absolvieren müsse. Das letztere wäre allerdings unpraktisch gewesen. Vgl. auch D (9, 4) 42, 1 Ulp. l. 37 ad ed.: *Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere.* Es lag doch kein so großer Unterschied vor, ob jemand in der irrigen Meinung, daß der *servus delinquens* noch lebe, oder deshalb, weil er den Delinquenten für seinen Sklaven hielt, während derselbe in der Tat ein Freier war, den Noxalprozeß übernahm.

iudicati doch, was die juristische Konstruktion der *translatio iudicii* anbelangte, die Meinung Ulpians teilte.

Die von Ulpian vertretene Auffassung der *translatio iudicii* war übrigens die einzig mögliche für den dem bisher erläuterten entgegengesetzten Fall, daß der über seinen Status prozessierende Sklave mit einer Deliktsklage belangt wurde. Das war nach erfolgter *ordinatio litis*[1]) möglich.

D (40, 12) 24, 3 Paul. 51 ad ed.: *nam ordinato liberali iudicio interim pro libero habetur, et sicut ipse agere ita cum ipso quoque agi potest.*

Das Verfahren darf indessen nach der Litiskontestation nicht fortgesetzt werden, sondern muß vielmehr bis zur Entscheidung der präjudizierenden *liberalis causa* ausgesetzt werden.[2]) Wurde im Freiheitsprozeß *secundum libertatem* entschieden, so konnte das Verfahren seinen Fortgang nehmen, unterlag der Assertor, so war die erhobene Klage gegenstandslos.

D (40, 12) 24, 3: *ceterum ex eventu aut utile iudicium erit aut **nullum**, si contra libertatem pronuntiatum fuerit.*

Das Verfahren und somit auch die Litiskontestation war, wie Paulus ausdrücklich hervorhebt, nichtig. Der Prozeßvertrag war ja mit einem prozeßunfähigen Sklaven geschlossen. Der Noxalklage gegen den Dominus stand also nichts im Wege. In diesem Sinne kann man auch hier von einer *translatio iudicii* sprechen.

[1]) Vgl. darüber Wlassak, L. K. S. 73 ff.

[2]) D (40, 12) 24 §§ 3, 4.

§ 4.

Eine Gruppe von Translationsfällen ergibt sich im Anschlusse an das prätorische Edikt über die selbständige Klagebefugnis des *filius familias* bezüglich der *actio iniuriarum*. Das Edikt[1]) ist bei Ulpian l. 57 ad ed. fr. 17, 10 D (47, 10) überliefert und lautet:

> *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam exstat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo.*

Ich kann mich bei der Erläuterung der hieher gehörigen Prozeßtranslationen um so kürzer fassen, als das wesentliche bereits von Mandry[2]) in vollkommen zutreffender Weise ausgeführt worden ist. Aus der gegen ein Hauskind verübten Injurie erwächst nach der Theorie der klassischen Juristen[3]) dem Gewalthaber sowohl eine Klage *suo nomine*, insoferne er in seinen Gewaltrechten verletzt ist,[4]) als *filii nomine*. Selbstverständlich kann nur die

[1]) Lenel, l'Édit II S. 136, 137 = E. P. S. 324, 325.

[2]) Gemeines Familiengüterrecht I S. 206 ff.

[3]) Besonders prägnant Neraz: fr. 1 §§ 8, 9; 41 D (47, 10). Vgl. ferner D (47, 10) 1 §§ 3, 5; 30, 1: Ulpian., fr. 18 §§ 2, 4, 5 eod., Sent. V 4, 3: Paul., Gai. III 221 = I (4, 4) 2, D (1, 12) 1, 10, C (9, 35) 2.

[4]) Landsberg, Iniuria und Beleidigung S. 49, 58, Maschke, Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems S. 49. Zur ganzen Lehre von der mittelbaren Injurie vgl. Mommsen, Strafrecht S. 798, 799.

letztere Klage in Betracht kommen, wenn der Prätor *in* seinem Edikt dem Haussohn ausnahmsweise die *legitima persona standi in iudicio* verleiht und Lenel[1]) hat mit guten Gründen gegen Rudorff[2]) die Meinung vertreten, daß die Formel, welche dem klagenden Haussohn gegeben wurde, in der gleichen Weise konzipiert war, als wenn ein Gewaltfreier klagte.[3]) Ursprünglich bedeutete die Einräumung der Klagebefugnis an den *filius familias* nichts mehr, als daß derselbe in dringenden Fällen bei Abwesenheit des Gewalthabers sowie eines anderen Vertreters klagen durfte. Anlaß zur Aufstellung dieses Edikts mag neben anderen Gründen[4]) namentlich die Erwägung

---

[1]) l'Édit II S. 137.

[2]) Edictum perpetuum § 194.

[3]) Auffällig ist allerdings, daß Ulpian in seinem ziemlich ausführlichen Kommentar zu diesem Edikt (D (h. t.) 17 §§ 10—22) der Dualität der Injurienklage nirgends Erwähnung tut und dies selbst an Stellen, in welchen dies sehr nahe gelegen hätte. Vgl. z. B. fr. 17, 22 D (h. t.) und insbesondere fr. 17, 21 eod.: *Si filius familias iniuriarum egerit, patri actio non competit.* Selbst Dorotheus (Heimbach, Bas. V S. 635) fühlt sich verpflichtet, dazu zu bemerken: *ἦν ἐκίνησεν ὁ υἱός. τῷ μέντοι οἰκείῳ προσώπῳ δύναται.* Die Stelle ist wohl kaum unverderbt. *Patri actio non competit* fügt sich gar nicht an den vorhergehenden Bedingungssatz, obwohl sonst *competere* für die *actio iniuriarum* bei Ulpian ganz gebräuchlich ist. (Vgl. unten S. 230 N. 1.) Man würde eher *pater agere non potest* erwarten und so übersetzen auch die Basiliken 60, 21, 16: *Κινήσαντος δὲ τοῦ ὑπεξουσίου, οὐκέτι δύναται κινεῖν ὁ πατὴρ αὐτοῦ. Competere* wird sonst mit *ἁρμόζειν* übersetzt.

[4]) Vgl. Savigny, System II S. 121 ff.; Mandry, a. a. O. S. 206, 207; Ihering, Jahrb. für Dogmatik 23 S. 214 ff.

gegeben haben, daß an der schleunigen Erledigung von Injurienprozessen sowohl der Staat wie der Kläger interessiert seien.[1]) War doch das Injurienverfahren als unter der Leitung von Rekuperatoren sich vollziehend ein beschleunigtes. Immer war aber der Gedanke maßgebend, daß der Haussohn nur als präsumtiver Vertreter des Gewalthabers handle, daß ihm nur deshalb die Klagebefugnis zukomme, weil der *pater familias*, wenn er anwesend wäre, gleichfalls geklagt hätte.[2]) Die rechtliche Verfügungsmacht über das Klagerecht steht daher ausschließlich dem Gewalthaber zu. Er kann daher dem *filius familias* die Klage nehmen, wenn er z. B. die Beleidigung verzeiht.[3]) Indessen hat die spätere Jurisprudenz — und zwar schon seit Gaius und Julian — ausgehend von dem Gesichtspunkte, daß die Injurie eine höchst persönliche Verletzung sei, die zunächst und in erster Linie doch nur den Haussohn treffe, aus dem prätorischen Edikte ein vollkommen selbständiges Klagerecht des Haussohnes entwickelt, über welches zu disponieren er zunächst berufen war.[4]) Der Gewalthaber war damit materiell in die rechtliche Stellung eines Prokurators oder Kognitors hinabgedrückt, wenn er *filii nomine* klagte.

---

[1]) Vgl. darüber die trefflichen Darlegungen Hitzigs, Iniuria S. 64 ff.

[2]) D (47, 10) 17, 12: *nam et cum abest* (pater familias), *idcirco datur filio actio, quia verisimile est patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse.*

[3]) D (47, 10) 17, 12.

[4]) Vgl. die Belege bei Mandry, a. a. O. S. 207, 208.

Dies voraus geschickt, bietet das Verständnis der hieher gehörigen Translationsfälle keine Schwierigkeiten. Von zweien berichtet Ulpian l. 57 ad ed. expressis verbis. fr. 17, 14 D (47, 10):

> *Sed si pater lite contestata coeperit abesse vel etiam neclegere executionem pater vilis, dicendum est causa cognita translationem filio competere.*[1]) *idem et si emancipatus filius esse proponatur.*

Jedenfalls konnte unter den in der Stelle angegebenen Voraussetzungen der Gewalthaber auch gegen seinen Willen aus dem Prozesse entfernt werden und das war, soviel ich sehe, auf zweierlei Weise durchführbar. Der Prätor konnte einmal durch Prozeßaufhebungsdekret (*iudicare vetare*) den schwebenden Prozeß niederschlagen und im Wege der *restitutio in integrum* dem Haussohn eine neue Klage gewähren. Man konnte aber auch den

[1]) *Translationem causa cognita competere* ist auffallend. *Competere* wird für die zivile, *dare* für die prätorische Klage und insbesondere dann gebraucht, wenn die *datio actionis* erst *causa cognita* erfolgt. Vgl. Krüger, Z. R. G. 29 S. 1 ff.; Wlassak, P. G. I S. 46. Zweifelnd Schott, Rechtsschutz S. 115 N. 21. Doch gebraucht Ulpian gerade bei der *actio iniuriarum* mit Vorliebe *competere* neben dem korrekten *dare*. Vgl. z. B. fr. 7, 3; 11, 7; 15 §§ 43, 48 D (47, 10) und insbesondere fr. 5, 6 eod.: *praetoria iniuriarum actio competit*, ebenso Paulus fr. 29 eod. Die älteren Juristen sagen hingegen ausnahmslos *actio datur*. Vgl. fr. 17, 7 Ulpian-Labeo, fr. 17, 2 Ulpian-Mela-Labeo-Trebatius, fr. 15. §§ 8, 22 Ulp.-Julian, fr. 36 Iulian. fr. 23: *actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait* bezieht sich wohl nur auf die lex Cornelia. Vgl. fr. 5 pr. eod., Lenel, Pal. zu Ofilius fr. 27 N. 1.

pater familias wie einen Kognitor behandeln — tatsächlich war ja seine rechtliche Stellung bezüglich der *actio iniuriarum* von der eines Prozeßvertreters nicht mehr viel verschieden — und die *translatio iudicii* nach den Regeln der kognitorischen Translation vollziehen. In diesem Falle blieb natürlich die Einheit des Streitverhältnisses gewahrt und die *translatio iudicii* bewirkte, da der Gewalthaber zweifellos Prozeßsubjekt geworden war, prozessuale Sukzession. Welcher von beiden hier als denkbar bezeichneten Translationsmodi tatsächlich angewendet wurde, muß mangels weiterer Anhaltspunkte dahingestellt bleiben.

Weitere Translationsfälle ergeben sich aus fr. 17, 22 eod. Stirbt der Gewalthaber *durante lite*, nachdem er den Haussohn, in dessen Namen er geklagt, enterbt hat, so geht der Prozeß nicht auf seine Erben, sondern auf den exheredierten Haussohn über. Auch hier war die *translatio iudicii* nur durch *restitutio in integrum* oder unter analoger Anwendung des kognitorischen Translationsedikts durchführbar. Anders lag die Sache, wenn der Haussohn als Teilerbe eingesetzt war oder als Alleinerbe instituiert vom *beneficium abstinendi* Gebrauch gemacht hatte. In diesen Fällen vollzog sich die *translatio iudicii* nach den Grundsätzen der Erbentranslation. Denn auch der abstinierende Haussohn war *iure civili* noch immer Erbe.[1]) Das Besondere dieser Fälle liegt nur darin, daß der schwebende Prozeß nicht zugleich auch auf die

[1]) Vgl. D (29, 2) 57 pr.

Miterben[1]) beziehungsweise auf den *bonorum emptor* übergeht, falls der *filius familias* abstiniert und es zur *bonorum venditio* kommt.[2])[3])

§ 5.

In diesem letzten Paragraphen dieses Kapitels will ich noch ganz kurz die Frage streifen, welchen Einfluß eine *durante lite* eintretende *capitis deminutio* der Prozeßpartei auf die Prozeßobligation hatte. Damit ist zugleich auch der Übergang zu der im nächsten Abschnitt zur Darstellung gelangenden Prozeßtranslation auf den Erben gegeben.

Mit der *capitis deminutio minima* geht das gesamte Aktivvermögen des *capite deminutus* auf den neuen Gewalthaber *per universitatem* über.[4]) Es darf daher bezüglich der hieher gehörigen Translationsfälle[5]) auf das

---

[1]) Dies müßte der Fall sein, wenn der Gewalthaber *suo nomine* geklagt hätte.

[2]) Gai. II 158, Lenel, l'Édit II S. 155 ff., Pal. II S. 795 N. 3. Vgl. indessen auch Solazzi, Bull. dell' Ist. di dir. Rom. 1904, Sep. Abdruck S. 9 ff.

[3]) Ein vollkommen analoger Fall in fr. 29 D (38, 1) Ulpian. l. 64 ad edict.: *Si operarum iudicio actum fuerit cum liberto et patronus decesserit, convenit translationem heredi extraneo non esse dandam: filio autem et si heres non extat et si lis contestata non fuerat tamen omnimodo competit, nisi exheredatus sit.*

[4]) Also auf den *adrogans* bei der Adrogation, auf den Ehemann bei der *conventio in manum* einer gewaltfreien Frau. Vgl. Girard, Manuel[3] S. 178, 163.

[5]) Einen solchen erwähnt fr. 22, 3 D (5, 2) Tryphonin. l. 17 disput: *Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testa-*

folgende Kapitel verwiesen werden. Von den Verpflichtungen des *capite deminutus* erlöschen jedoch mit der *capitis deminutio* die Geschäftsschulden[1]) desselben und es liegt in der Natur der Sache, daß das Gleiche auch bezüglich der Prozeßobligation gegolten haben muß, falls sie auf einer solchen Verbindlichkeit beruhte. Das Edikt *de capite minutis*[2]) verhieß jedoch Restitution und eine *actio utilis* gegen den *capite deminutus* beziehungsweise gegen dessen Gewalthaber.[3]) Wollte keiner von beiden die Defension übernehmen, so gestattete der Prätor den Gläubigern, sich aus dem Vermögen, welches der Schuldner ohne *capitis deminutio* gehabt hätte, zu befriedigen.[4]) Es liegt nun gewiß nahe anzunehmen, daß

---

mento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinuero: perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod derelictum est: cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi. Vgl. dazu D (5, 2) 8, 14, D (49, 14) 13, 9 und Eck, Indignität und Enterbung (Berl. Diss.) S. 20.

[1]) Das nähere bei Mandry, Fam.-Güterrecht I S. 392 ff.

[2]) Lenel, l'Édit I S. 133 ff. Das Edikt lautete nach Ulpian. l. 12 ad ed. fr. 2, 1 D (4, 5): *Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo.* Worauf bezieht sich das *actum* im Gegensatz zum *contractum*? An die Litiskontestation, d. h. an den Fall, daß der *capite deminutus* schon vorher geklagt worden war, wird man kaum denken dürfen, da man dann eher die Reihenfolge *contractum actumve sit* erwarten würde. Es bleibt demnach nur übrig, unter dem *actum* Quasikontrakte zu verstehen. Vgl. auch Mandry, a. a. O. S. 391.

[3]) Mandry, a. a. O. S. 392.

[4]) Gai. III 84.

diese Rechtssätze auch dann Anwendung fanden, wenn der *capite deminutus* schon vorher die Streitbefestigung vollzogen hatte. Das *iudicium* erlosch infolge der *capitis deminutio*, allein der Prätor gewährte *translatio iudicii* auf den neuen Gewalthaber mittels *restitutio in integrum*. Dieses auf den Gewalthaber übertragene *iudicium* ist natürlich ein neuer Prozeß.[1])

Ich möchte diese fast selbstverständlichen Gestaltungen nur deshalb hervorgehoben haben, weil sich dabei gut die Beobachtung machen läßt, daß eine prozessuale Sukzession in der Regel nur dann möglich ist, wenn ihr eine Sukzession in das materielle Recht entspricht. Aktivprozesse des *capite deminutus* übernimmt der Gewalthaber *iure successionis*,[2]) wie im folgenden Kapitel des näheren darzulegen sein wird, weil er auch in die Forderungen des *capite deminutus* sukzediert. Für Geschäftsschulden des *capite deminutus* dagegen haftet er nach *ius civile* überhaupt nicht und kann daher auch in Prozesse aus solchen Verbindlichkeiten nicht sukzedieren.

Anders lag die Sache bei Deliktsschulden. Dieselben erloschen durch die *capitis deminutio minima* nicht und infolgedessen fand auch das Edikt auf dieselben keine Anwendung.[3]) War daher z. B. der Adrogierte schon vor-

---

[1]) Handelte es sich um eine *formula in ius concepta* und hatte außerdem der *capite deminutus* im *iudicium legitimum* prozessiert, so mußte die Translationsformel außer der Fiktion: *si capite deminutus non esset* (Lenel, l'Édit I S. 135) noch die weitere: *ac si de ea re actum non esset* enthalten.

[2]) Vgl. die oben S. 232 N. 5 abgedruckte Stelle.

[3]) D (4, 5) 2, 3; 7, 1, Mandry, a. a. O. S. 391.

her mit einer Deliktsklage belangt worden, so lag kein Grund vor, wegen der *capitis deminutio* den Prozeß aufzuheben und auf den *adrogans* zu übertragen. Das Verfahren wurde vielmehr zu Ende geführt und nach erflossenem Urteil hatte der Kläger die Wahl, entweder gegen den Gewalthaber mit der *actio iudicati de peculio* oder gegen den Haussohn mit Personalexekution vorzugehen. Dem Gewalthaber stand es im letzteren Falle natürlich frei, den Haussohn gegen Bezahlung der *litis aestimatio* auszulösen.[1])

Das Edikt „*de capite minutis*" bezog sich ursprünglich nur auf die *capitis deminutio minima,* wurde aber von der späteren Jurisprudenz auch auf die Fälle der *capitis deminutio maxima* ausgedehnt.[2]) Dies geht hervor aus fr. 2 pr. D (4, 5) Ulp. l. 12 ad ed.:

Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. ceterum sive amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum [neque possunt hi penitus conveniri][3]: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum.

D (4, 5) 7, 2 Paul. l. 11 ad ed.:

Si libertate adempta capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia

---

[1]) Er haftete ja mit der Noxalklage auch für Delikte, welche der *adrogatus* vor der Adrogation begangen hatte. Gai. IV 77.

[2]) Lenel, l'Édit I S. 133 N. 10, S. 135.

[3]) Die eingeklammerten Worte sind wohl Glossem oder Interpolation.

nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit: sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julianus scribit rell.

Hat nun der *capite deminutus* schon vorher auf Grund einer Kontrakts- oder Deliktsklage die Streitbefestigung vollzogen und tritt *durante lite* die *status mutatio* ein, so erlischt — und zwar hier sowohl bei Kontrakts- wie Deliktsklagen — das *iudicium*. Der Prätor hilft jedoch dem Kläger durch *restitutio in integrum* und gewährt eine *actio utilis*[1]) gegen den neuen Dominus. Man kann diesen Vorgang mit ebenso gutem Recht als *translatio iudicii* bezeichnen, obwohl das übertragene *iudicium* selbstverständlich neuer Prozeß ist, als die römischen Juristen in dem oben ausführlich erläuterten Falle des fr. 15 D (9, 4) von einer solchen sprechen.

Ich kann damit die vielleicht zu kasuistischen Erörterungen dieses Abschnittes beschließen. Allein die bis ins Detail gehende Erklärung der einzelnen in den Quellen überlieferten Translationsfälle war unvermeidlich, wenn wir überhaupt erkennen wollten, was wir uns unter der *translatio iudicii* der Quellen vorzustellen haben. Daß hiebei Vollständigkeit nicht erreicht werden kann, muß leider zugegeben werden. Es ließen sich vielleicht noch viele andere Translationsfälle konstruieren, doch würde eine Erörterung derselben jeglichen Stützpunktes in den Quellen ermangeln und wäre darum von sehr problema-

[1]) Über die Formel vgl. Lenel, l'Édit I S. 135 N. 5 und Huschke, Nexum S. 159 N. 229. Im Falle eines Deliktsanspruches war die Klage die *actio noxalis*.

tischem Wert.[1]) Indessen dürften die Ausführungen dieses Kapitels doch die bereits in der Einleitung gemachte Be-

[1]) Aus diesem Grunde möchte ich auch auf eine Entscheidung der Frage, ob und in welcher Form der Gewährschaft leistende Verkäufer in den Eviktionsprozeß nach der Litiskontestation eintreten konnte, lieber verzichten. Daß dies möglich war, scheint zwar fr. 49 pr. D (5, 1) Paul. l. 3 respons. nahezulegen. *Venditor ab emptore in ius vocatus*, (D: denuntiatus, Rabel, Haftung des Verkäufers S. 16; Brassloff, Zur Kenntnis des Volksrechtes S. 16 N. 3) *ut eum auctoritatis* (D: evictionis, Lenel, Pal. zu Paul. fr. 1458 N. 3) *nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui iudicis; quaeritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emptorem coepta est, ad suum iudicem revocare. Paulus respondit venditorem emptoris iudicem sequi solere.* (fr. 75 D (3, 3) Iulian. l. 3 dig.: *Qui absentem emptorem eundemque possessorem fundi defendebat et iudicium eius nomine accipiebat, postulabat a venditore fundi, ut ab eo defenderetur* rell. bezieht sich wohl auf die Zeit vor der Litiskontestation. *Iudicium accipiebat* kann Imperfectum de conatu sein. Vgl. zu dieser Stelle die interpretatio des Stephanus bei Heimbach, Bas. I S. 398, 399). Allein in der Regel trat der Verkäufer im Gewährenzuge wohl schon vor der Litiskontestation für den Käufer ein. Welches seine rechtliche Stellung hiebei war, ist außerordentlich bestritten. Vgl. Rudorff, R. G. II S. 131; Bethmann-Hollweg, Z. P. I S. 132; Puchta, Inst. I[10] S. 531 N. p; Mommsen, Ad legem de scribis et viatoribus, diss. (1843) S. 13, 14; Karlowa Legisaktionen S. 75, 76; Klein, Sachbesitz S. 250 ff.; Wlassak, P. G. I S. 89; Pernice, Labeo II, 1 S. 330 N. 2; Rudorff, Ztschr. für gesch. R.wissensch. 14 S. 431 ff.; Huschke, Nexum S. 184 ff., Multa S. 431; Bechmann, Kauf I S. 112, 115 ff.; Kipp, Litisdenunziation S. 148 ff.; Heffter, Z. P. S. 610; Wetzell, Z. P.[3] S. 54 ff.; Pflüger, legis actio sacramento S. 39 ff. Wenn der auktorierende Verkäufer, wie neuestens Rabel, a. a. O. S. 15 im Anschlusse an Wetzell, l. c. meint, im klassischen Recht regelmäßig als *procurator*

obachtung bestätigt haben, daß es vergebliche Mühe wäre, hinter dem Terminus *translatio iudicii* irgend welchen einheitlichen Begriff, namentlich den der prozessualen Sukzession zu suchen. Vielmehr sind es die verschiedenartigsten Gesichtspunkte, welche zur Übertragung des schwebenden Prozesses auf eine andere Person führen und in der Regel ist das *translatum iudicium* nicht Fortsetzung des bisherigen, sondern neuer Prozeß, so daß man nur in sehr uneigentlichem Sinne von einer *translatio iudicii* sprechen kann.

---

in rem suam bestellt wurde, wofür übrigens auch fr. 75 D (3, 3) cit. zu sprechen scheint, so konnte sich der Eintritt desselben in den Eviktionsprozeß nach der Litiskontestation nur nach den Grundsätzen der prokuratorischen Translation beziehungweise in der Form vollziehen, daß ihn der beklagte Käufer als *cognitor in rem suam* bestellte und auf ihn nach den Regeln der kognitorischen Translation den Prozeß übertrug. Doch ist das alles höchst unsicher. Für das griechische Recht vlg. den Hermiasprozeß P. Taur. 1, III Z. 34, IV Z. 1—13, VI Z. 20—31. Hier ist der Eviktionsprozeß zwischen dem Kläger Hermias und dem beklagten Käufer Harmais bereits vor den Chrematisten rechtshängig, (III Z. 34, IV Z. 1 ff.: *συνσταθείσης αὐτῷ (Ἑρμίᾳ) κρίσεως ἐπὶ τῶν χρηματιστῶν πρὸς Ἅρμαιν*) als der Verkäufer Apollonius denselben übernimmt und mit Rechtskraftwirkung für den ausscheidenden Käufer zu Ende führt. (IV Z. 4, 5: *καὶ τοῦ Ἀπολλωνίου διαδεξαμένου τοῦ Ἁρμαῖος τὴν κρίσιν*, VI Z. 26 ff.: *τοῦ δὲ Ἁρμαῖος ἐπισκεψαμένου τῷ ἀποδομένῳ Ἀπολλωνίῳ παραδεδωκέναι τὴν κρίσιν, καὶ τὰ πρὸς τὸν Ἑρμίαν ἐγδεδικηκέναι ἀπὸ τῆς πρότερον συνσταθείσης κρίσεως Ἁρμάει τῷ ἐωνημένῳ καὶ κρατοῦντι.*)

III. Kapitel.

Prozeßtranslation auf den Erben.

§ 1.

Daß der Erbe in die Parteirolle des Erblassers sukzediere, daß also mit anderen Worten das Streitverhältnis für ihn und den Erblasser dasselbe sei, erschien der älteren Literatur[1]) des römischen Zivilprozesses, insoferne sie sich überhaupt mit der Lehre von der *translatio iudicii* befaßte, außer Zweifel. Wenn der Erbe in Forderungen und Schulden des Erblassers *ipso iure* eintritt, warum soll nicht dasselbe auch bezüglich der Prozeßobligation gelten? Diese Erwägung ist in der Tat naheliegend und auch einleuchtend.[2]) Erst Eisele in seinem bereits mehrfach erwähnten Aufsatze in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte 15 S. 140 hat gegenüber der herrschenden Lehre Bedenken erhoben und die Meinung

[1]) Vgl. z. B. Keller, Litiskontestation S. 166, 167; Keller-Wach, Z. P. § 68; Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 452; Rudorff, R. G. S. 248, 249.

[2]) Vgl. D (29, 2) 37 Pomponius l. 5 ad Sab.: *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.*

restitutio, daß die *translatio iudicii* auf den Erben gleichwie die prokuratorische Translation nur im Wege einer *restitutio in integrum* erfolgen könne. Damit ist selbstverständlich der Sukzessionsgedanke vollständig abgelehnt.

Indessen vermag Eisele seine ganze Lehre im wesentlichen doch nur auf einen Analogieschluß zu stützen. Weil die prokuratorische Translation durch *restitutio in integrum* vollzogen wurde, so muß es sich auch bei der Erbentranslation so verhalten haben. Allein man wird dieser Schlußfolgerung gegenüber einige Bedenken nicht unterdrücken können. Ob in den schwebenden Prozeß ein Prokurator oder ein Erbe eintritt, sind doch grundverschiedene Dinge. Die prokuratorische Translation bedeutete praktisch die Substituierung eines neuen Gläubigers oder Schuldners, und wie ich oben[1]) darzulegen versuchte, lag gerade darin der Grund, warum die prokuratorische Translation nur im Wege einer *restitutio in integrum* durchführbar war. Alles das trifft indessen beim Erben nicht zu und damit ist Eiseles Argumentation der Boden entzogen.[2]) Eiseles Theorie entspricht aber auch sonst weder den Quellen, noch führt sie, in ihre praktischen Konsequenzen verfolgt, zu haltbaren Ergebnissen. Was zunächst die Quellen betrifft, so würde allerdings der Terminus *translatio iudicii* bei seiner Vieldeutigkeit weder für noch gegen Eisele etwas beweisen. Die Quellen reden indessen eine weit deutlichere Sprache

[1]) Kap. 1 § 2.

[2]) Gegen Eiseles sonstige Begründung zutreffend Sperl, Sukzession in den Prozeß S. 47.

und ich bezweifle, daß Eiseles Theorie folgenden Quellenaussprüchen gegenüber standhalten kann.

D (5, 1) 34 Javolen. l. 15 ex Cassio:

*Si is qui Romae iudicium acceperat decessit, heres eius quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet, **quia succedit in eius locum**, a quo heres relictus est.*[1])

D (3, 2) 14 Paul. l. 5 ad ed.[2])

D (27, 7) 8, 1 Paul. l. 9 respons.:

*Paulus respondit **tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit.*** rell.

D (44, 7) 59 Callistratus l. 1 edicti monitorii:

*Sciendum est ex omnibus causis **lites contestatas et in heredem similesque personas transire.***

Es ist ersichtlich der Gedanke, daß der Erbe in die Prozeßrolle des Erblassers sukzediere, daß die Prozeßobligation für ihn und den Erblasser identisch sei, welcher diese Aussprüche der Quellen[3]) beherrscht. Allein davon

---

[1]) Vgl. allerdings fr. 19 pr. D (5, 1).

[2]) Abgedruckt oben S. 11 N. 3.

[3]) Vgl. außerdem D (47, 10) 13 pr.; 28, D (50, 16) 12, D (50, 17) 87, C (3, 28) 5, C (4, 17) l. un., D (44, 7) 33 dazu Mommsen in der großen Digestenausgabe. Vgl. ferner das bereits oben S. 232 Nr. 5 abgedruckte fr. 22, 3 D (5, 2), in welchem es vom Prozeßnachfolger (Adrogator) in die Inoffiziositätsquerel heißt: *cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi*, dazu fr. 22, 3 D (5, 2). Vgl. endlich fr. 80, 15 D (36, 1) Scaevola l. 21 digest. A ist mit einem Universalfideikommiß zugunsten des Septicius belastet, welches er ihm restituieren soll, wenn letzterer 25 Jahre alt geworden. A wird nun wegen Verkaufes einiger Landgüter, die

abgesehen führt Eiseles Theorie, auch nach sachlichen Gesichtspunkten geprüft, zu kaum haltbaren Ergebnissen. Dies hat bereits Sperl[1]) an einigen Beispielen treffend dargelegt und ich will daher nur einige weitere Fälle zu Sperls Ausführungen ergänzend nachtragen.

Hat der Erblasser im *iudicium legitimum* prozessiert, so müßte nach Eisele die dem Erben gewährte Translationsformel die Fiktion *ac si de ea re actum non esset* enthalten haben. Nun nehmen wir einmal an, daß der Erblasser mit der *actio iniuriarum* geklagt hat. Dieselbe ist bekanntlich als *actio vindictam spirans* aktiv wie passiv unvererblich und kann erst dann auf den Erben transmittiert werden, wenn der Erblasser bereits die

---

dem Erblasser verpfändet waren, vom Pfandschuldner mit der *actio pigneraticia* belangt und stirbt *durante lite*. Sein Erbe restituiert die Erbschaft dem Septicius. *Quaesitum est, an iudicio nihilo minus ipse condemnari debeat, cum potuerit retinere (vel cavere sibi) id, quod ex causa iudicati praestaturus esset. respondit iudicii executionem nihilo minus adversus heredem et post restitutam hereditatem mansisse.* In der Ausdrucksweise Scaevolas „*iudicii executionem adversus heredem manere*" wird man kaum einen Hinweis auf eine neue Litiskontestation finden können, die der in den Prozeß eintretende Erbe nach Eisele vollziehen müßte. *Iudicii executio* bedeutet vielmehr hier, wie sich aus dem Vergleiche mit D (47, 10) 17 §§ 14, 22 ergibt, das Verfahren *in iudicio*. Vgl. auch D (46, 1) 8, 3. Man wird demnach übersetzen müssen: Das Verfahren *in iudicio* nimmt gleichwohl auch nach der Restitution der Erbschaft gegen den Erben seinen Fortgang. Vgl. im übrigen zu dieser Stelle Eisele, Abhandlungen zum röm. Z. P. S. 133; Wenger, actio iudicati S. 6.

[1]) A. a. O. S. 49, 50.

Litiskontestation vollzogen hat.[1]) Hätte nun der Erbe mit einer Translationsformel, welche die Fiktion *ac si de ea re actum non esset* enthielt, geklagt, so hätte ihn der Geschworene konsequenterweise nur abweisen können. Denn für ihn war nicht *lis* kontestiert und daher das Klagerecht auch nicht transmittiert. Oder hätte der Prätor in derselben Formel wieder annehmen sollen, es sei doch *lis* kontestiert worden, um auf diese Weise dem Erben die Klageberechtigung zu verschaffen? Es dürfte schwer halten, sich solche Formeln vorzustellen.

Ähnlichen Schwierigkeiten begegnet Eiseles Lehre in folgendem Falle: Die Haftung des Erben des Tutors ist verschieden, je nachdem bereits der Tutor oder erst der Erbe die Litiskontestation des *iudicium tutelae* vollzogen hat. In letzterem Falle hat der Kläger, außer bei *dolus* des Erben, nicht mehr die Möglichkeit, sein Interesse wegen des nicht errichteten Inventars oder nicht vorgefundener Vormundschaftsrechnungen mittels *iusiurandum in litem* zu fixieren. Außerdem ist der Erbe von der Haftung für *levis culpa* befreit. Vgl. D (27, 7) 8, 1 Paul. l. 9 resp.:

> *Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instru-*

[1]) Vgl. D (47, 10) 13 pr.; 28. Derselbe Gedanke übrigens auch in der scherzhaften lex convivalis (abgedruckt bei Pernice, Z. R. G. 20 S. 96) Z. 21 ff.: *in tantum autem parasitis consuli iura voluerunt, ut si vulneribus adflictus contestata lite defecerit, heredibus eius paterni laboris ac meriti praemia non negentur.*

menta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum. hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.[1])

Von Eiseles Standpunkt aus wäre die Durchführung dieses Rechtssatzes prozessual kaum möglich. Denn wenn der Kläger gegen den nach der Litiskontestation in das *iudicium tutelae* tretenden Erben des Vormunds mit einer Streiturkunde, welche die Fiktion *ac si de ea re actum non esset* enthielt, agierte, so lag für den Geschworenen der Sachverhalt so, als ob erst der Erbe und nicht schon der Erblasser geklagt worden wäre. Wie unter solchen Umständen der Geschworene dazu verhalten werden konnte, die für den Fall, daß der *heres tutoris* erst *post litem contestatam* in den Prozeß trat, geltenden strengeren Haftungsgrundsätze zur Anwendung zu bringen, ist mir unerfindlich. Denn daß der Prätor in derselben Formel, in welcher er die Litiskontestation mit dem Erblasser wegfingierte, den Geschworenen in irgendwelcher Form darauf aufmerksam machte, daß die Streitbefestigung mit dem Erblasser doch schon vollzogen worden

[1]) Vgl. außerdem D (27, 8) 4, D (26, 7) 39, 6, D (27, 7) 4 pr., C (5, 53) 4, C (5, 54) 1 und Rudorff, Recht der Vormundschaft III S. 38 ff.

sei, ist wohl undenkbar. Schließlich hätte die *translatio iudicii* nach der Auffassung Eiseles zur Folge gehabt, daß der für die richterliche Beurteilung des Klagsanspruches maßgebende Zeitpunkt der Litiskontestation sich zum Nachteile des Klägers verschob. Denn entscheidend für den Geschworenen konnte nur der Zeitpunkt der mit dem Erben vollzogenen wiederholten Streitbefestigung sein. Anderseits begann zum Schaden des Beklagten mit diesem Momente eine neue Prozeßverjährung zu laufen. Solche Dinge kann und darf man doch nicht einem entwickelten Prozeßrechte, wie es das römische in der Zeit der klassischen Juristen ist, zumuten.[1])

Eiseles Lehre von der juristischen Gestaltung der Prozeßtranslation auf den Erben kann solchen Ergebnissen gegenüber gewiß nicht aufrecht erhalten werden und ich kann mich daher nur der bis auf Eisele allgemein und neuerdings auch von Sperl[2]) vertretenen Meinung anschließen, daß die *translatio iudicii* auf den

[1]) Man wende nicht ein, daß es genug andere Fälle gab, in denen die *translatio iudicii* nur mittels *restitutio in integrum* durchgeführt werden konnte. Denn die im vorigen Kapitel untersuchten *translationes iudicii* sind Ausnahmsfälle, in welchen die Parteien nach strengem Recht überhaupt ohne Rechtsschutz geblieben wären und sich daher noch glücklich schätzen konnten, daß ihnen eine prätorische *restitutio in integrum* leidlichen Ersatz bot. Was die prokuratorische Translation betrifft, so war sie ja von der Einwilligung der im Prozesse verbleibenden Partei abhängig. Hatte sie dadurch Schaden erlitten, so mochte sie das mit sich selbst ausmachen.

[2]) Sukzession in den Prozeß S. 12 ff. und passim.

Erben die Einheit der Prozeßobligation nicht berühre,[1]) daß also der Erbe in die Parteirolle des Erblassers sukzediert. Allein unsere Aufgabe ist mit der Aufstellung dieses Satzes noch keineswegs gelöst. Wir müssen weiter fragen, mit welchem Zeitpunkte und auf welche Weise sich die Sukzession des Erben in die Parteirolle des Erblassers vollziehe? Bekanntlich tritt der Erbe in Forderungen und

[1]) Infolgedessen war auch bei Translation auf den Erben die Bestellung eines neuen Geschworenen in der Regel nicht erforderlich. Als Analogon im Kognitionsverfahren möchte ich auf den Prozeß der Drusilla in P. Catt. Verso verweisen. Der Gaustrateg hatte über Delegation des Iuridicus auf Vorschlag beider Parteien (der Drusilla und des Julius Agrippianus) Logotheten ernannt, welche die Forderungen des Agrippianus gegen den Mann der Drusilla (Apollinarius) sowie die Einkünfte, welche Agrippianus aus dem ihm vom Schuldner verhypothezierten Grundstücke gezogen hatte und an welchem Drusilla ein Vorzugspfandrecht behauptete, sachverständig prüfen sollten. Vgl. P. Catt. III 27 ff.: *Τοῦ δὲ στρατηγοῦ διακούσαντος καὶ δόντος λογοθέτας, Δρουσίλλας μὲν Ἄλκιμον γεγυμνασιαρχηκότα τῆς τῶν Ἀρσινοειτῶν πόλεως, τοῦ [δὲ Ἀγριππιανοῦ] πατρός μου Πτολεμαῖον ὁμοίως γεγυμνασιαρχηκότα κτλ.* und Meyer, Archiv für Pap.-Forschung III S. 100, 101. Drusilla zieht jedoch die Untersuchung hin, bis ihr Gegner stirbt. Nach dessen Tode erhebt sie neuerlich Klage gegen dessen Sohn und Erben beim Gaustrategen, der sie jedoch mit Rücksicht auf den bereits schwebenden Prozeß auf die Logotheten zurückverweist. Vgl. P. Catt. IV 7 ff.: *Ἡ δὲ Δρουσίλλα καὶ οἱ ἐπίτροποι . . . περιέστησαν τοὺς λογιστὰς ἕως ἐτελεύτησεν ὁ πατήρ μου, ἐμοῦ δὲ ὡς ἔτι νέῳ ὄντι καὶ ἀγνο[οῦ]ντι τὰ τοῦ πατρὸς πράγμ[ατ]α ἠμφισβήτησε πρὸς ἐμὲ ἐπὶ τοῦ τοῦ νομοῦ στρατηγοῦ, ὃς ἐπιγνοὺς τὰ κεκριμένα ἀνέπεμψεν ἡμᾶς ἐπ[ὶ] τοὺς αὐτο[ὺ]ς λογοθέτας κτλ.* Vgl. auch P. B. G. U. IV 1019, 1 ff. und dazu Meyer, Archiv III S. 247.

Schulden des Erblassers *ipso iure* in dem Momente ein, als er Erbe wird, ohne daß es hiezu erst eines besonderen Übertragungsaktes bedarf. Soll nun das Gleiche auch von der Prozeßobligation gelten? Wenn ja, so kann die zur *translatio iudicii* erforderliche Abänderung der Formel durch den Prätor nur deklarative Bedeutung haben[1]) und man müßte daraus weiter folgern, daß wenigstens beim Eintritt des Erben des Beklagten in den Prozeß[2]) der Prätor auf Antrag des Klägers die Translation vollzog, ohne daß hiezu irgendwelche Mitwirkung des Erben erforderlich gewesen wäre, sobald nur liquidermaßen festgestellt war, daß der betreffende wirklich Erbe sei. Allein die zuletzt gemachte Einschränkung ist zu betonen. Es darf nicht übersehen werden, daß bei jeder Prozeßtranslation auf den Erben eine neue Frage auftaucht, die Frage nämlich, ob der betreffende, auf welchen der Prozeß übertragen werden soll, tatsächlich auch Erbe der verstorbenen Partei sei. Will man allerdings mit Sperl[3]) annehmen, daß diese Frage als Präjudizialpunkt in einem besonderen Verfahren etwa mittels *sponsio praeiudicialis* oder *praeiudicium* erledigt worden sei, so wäre nicht recht einzusehen, warum die *translatio iudicii*, sobald im Vorverfahren zugunsten der

---

[1]) So z. B. Frank, Ztschr. f. Zivilprozeß 13 S. 188 N. 13.

[2]) Handelt es sich um Sukzession auf der Klägerseite, so bedarf es zur *translatio iudicii* unter allen Umständen eines Antrages des Erben, da ihm als Kläger allein der Prozeßbetrieb zukommt. Vgl. auch Sperl, a. a. O. S. 26.

[3]) A. a. O. S. 30.

Erbenqualität entschieden war, noch von der Zustimmung der Gegenpartei (des Erben bei Translation auf der Beklagtenseite, der alten Partei bei Translation auf der Klägerseite) abhängig gewesen sein soll[1]) und ich vermag es daher nicht als konsequent zu bezeichnen, wenn Sperl[2]) für diesen Fall die die Translation weigernde beklagte Gegenpartei als indefens behandelt wissen will. Nun ist Sperls Annahme, wie ich im nächstfolgenden Paragraphen nachzuweisen versuchen will, nicht zutreffend. Die Frage nach der Erbenqualität wurde nicht als Präjudizialpunkt in einem besonderen Vorverfahren, sondern vielmehr incidenter im *translatum iudicium* selbst entschieden. Von diesem Standpunkte aus ist es aber keineswegs selbstverständlich, daß die *translatio iudicii* von der Zustimmung der beklagten Gegenpartei unabhängig war. Es war doch immer eine *nova quaestio,* die im *translatum iudicium* zur Erledigung gebracht werden sollte, und wie kam der Beklagte dazu, sich die richterliche Entscheidung dieser Frage wider und ohne seinen Willen oktroyieren zu lassen? Es ist daher a priori zumindest nicht unwahrscheinlich, daß die *translatio iudicii* von der Einwilligung des Beklagten abhängig war. Natürlich mußte er, wenn er dieselbe grundlos verweigerte, als *indefensus* behandelt werden.

Die Quellen, wenn ich sie richtig beurteile, scheinen nun in der Tat dieses bisher lediglich auf Grund sachlicher

[1]) Die Zustimmung des Klägers, mag es nun der Erbe oder die alte Partei gewesen sein, war stets erforderlich, da ja die *translatio iudicii* immer einen Antrag des Klägers voraussetzte.

[2]) A. a. O. S. 30 N. 2, S. 31, 32.

Deduktionen gewonnene Resultat zu bestätigen. Ich berufe mich hiebei in erster Linie auf das bereits oben[1]) abgedruckte fr. 34 D (5, 1) von Javolen. Der Jurist erörtert hier die örtliche Zuständigkeit für den Fall, daß der Erbe des Beklagten, der in Rom die Streitbefestigung vollzogen hat, seinen Wohnsitz in einer transmarinen Provinz hat und entscheidet: ***Romae tamen defendi debet,*** *quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.* Was aber dann, wenn ein solcher Defensor des Erben sich nicht findet? Die Antwort auf diese Frage kann man vielleicht aus dem sonstigen Inhalt des 15. Buches ex Cassio, dem das zitierte Fragment angehört, erschließen. Javolen handelt hier, wie die Zusammenstellung der hieher gehörigen Fragmente bei Lenel[2]) ergibt, von der *bonorum venditio* und deren Voraussetzungen. Daß er unter diesen auch von der Indefension des Beklagten handelte, zeigt deutlich fr. 65 (Lenel) = D (4, 6) 34,[3]) welches zweifellos auf das Edikt *„qui absens iudicio defensus non fuerit"*[4]) zu beziehen ist. Zu einer Erläuterung dieses Edikts paßt nun auch fr. 34 D (5, 1) am besten.[5]) Der Erbe wendet ein, daß er in Rom nicht als *absens* gelten könne, weil er bei seinem

[1]) S. 241.

[2]) Pal. zu Javolen. fr. 64—69.

[3]) So auch Lenel, a. a. O. N. 2.

[4]) Lenel, l'Édit II S. 152.

[5]) A. M. Lenel, Pal. zu Javol. fr. 66 N. 3, der das Fragment zu den allgemeinen Erörterungen über Kompetenzfragen, mit welchen die Juristen den Ediktstitel *„de bonis vossidendis proscribendis vendundis"* einzuleiten pflegen, stellen möchte. Vgl. Lenel, l'Édit II S. 161 N. 2 = E. P. S. 340 N. 4.

Gerichtsstande in der Provinz zu belangen sei. Javolen weist diesen Einwand zurück mit der Begründung, daß die Klage zur Zeit des Todes des Erblassers schon rechtshängig war und der Erbe daher als *successor defuncti* auch beim Gerichtsstande des Erblassers Recht geben und nehmen müsse. Stellt er sich daher in Rom dem Kläger nicht oder tritt kein Defensor für ihn auf, so ist er *absens* im Sinne des Edikts und der *missio in bona* und *bonorum venditio* als *indefensus* ausgesetzt. Es ist nun einleuchtend, daß man das indirekte Zwangsmittel der prätorischen Exekution nur deshalb gegen den *heres absens* zur Anwendung bringt, weil man seine Gegenwart zu irgend einer Willenserklärung braucht. Um etwas anderes als seine Zustimmung zur *translatio iudicii* kann es sich aber wohl nicht handeln. Dieses Ergebnis wird noch bestätigt durch folgende Quellenstellen:

D (10, 2) 48 Paul. l. 12 ad Sab.:

Si familiae erciscundae vel communi dividundo vel finium regundorum actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem,[1]) *in quem omnium nomine iudicium agatur.*

---

[1]) Die Interpolation *procurator* für *cognitor* ist sehr wahrscheinlich. Dafür auch Wlassak, Kognitur S. 42 N. 13. Die Translation des *iudicium* auf einen Prokurator hätte *restitutio in integrum* erfordert. Dazu war aber Einwilligung der Gegenpartei erforderlich. Die Ausdrucksweise des Juristen läßt aber durchaus nicht annehmen, daß die Erben der Partei bei Bestellung des Prozeßvertreters von

C (5, 53) 4, 1 Gordian. a⁰. 238.

Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem praeses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

Die *translatio iudicii* erscheint nach diesen Stellen als Parteitätigkeit. Dem *transferre* des Klägers steht das *accipere iudicium* (das Annehmen der Translationsformel) des Beklagten gegenüber. Diese Akte aber entsprechen durchaus dem *edere* und *accipere iudicium* bei der Litiskontestation.[1])

Damit wären wir allerdings wieder bei der eingangs so entschieden in Abrede gestellten „wiederholten Litiskontestation" angelangt und wir müßten demnach Eiseles Lehre trotz aller gegen sie geltend gemachten Bedenken als zutreffend anerkennen. Denn die Analogie zwischen dem *transferre actionem* des Klägers und dem *accipere iudicium* des Beklagten bei der Translation einerseits und dem *edere actionem* und *accipere iudicium* bei der Litiskontestation anderseits ist eine zu auffallende, als daß man sie wegleugnen könnte. Anderseits steht mit der wiederholten

---

der Zustimmung der Gegenpartei abhängig waren. Es erscheint vielmehr als Sache ihres freien Ermessens, ob sie selbst oder durch einen Vertreter prozessieren wollen. Unabhängig von der Gegenpartei waren sie aber nur bei Translation des Prozesses auf einen Kognitor.

[1]) Vgl. auch Wlassak, l. c. Vgl. indessen auch Schlossmann, Litiscontestatio S. 15—25.

L. contestatio de eadem re die Einheit des Streitverhältnisses in kaum lösbarem Widerspruch. Indessen gibt es doch aus allen diesen Schwierigkeiten einen Ausweg, der auch zu der meines Erachtens richtigen Auffassung der *translatio iudicii* auf den Erben führt. Erfordert die Prozeßtranslation in der Tat eine neue Streitbefestigung zwischen der alten Partei und dem Erben, so würde der letztere erst mit dem Momente der Perfektion dieser zweiten Litiskontestation in den Prozeß treten, Prozeßsubjekt werden. Denn vor der Litiskontestation gibt es ebensowenig Prozeßsubjekte wie eine Prozeßobligation. Der Erbe würde also unmittelbar nicht kraft Erbrechts, sondern kraft der neuen Litiskontestation, also durch Vertrag, in die Prozeßobligation sukzedieren. Das Erbrecht wäre nur die *causa remota*, die *causa efficiens* der prozessualen Sukzession wäre vielmehr der neue Prozeßvertrag. Bis dahin wäre die Prozeßobligation nach der Seite des Erben hin subjektslos. Verweigert nun z. B. der Erbe des Beklagten das zur *translatio iudicii* erforderliche *accipere iudicium*, so ist er indefens und es kommt zur *bonorum venditio*, kraft welcher das gesamte Vermögen des Schuldners auf den *bonorum emptor* als prätorischen Universalsukzessor übergeht, somit auch der gegen den Erblasser schwebende Prozeß. Nehmen wir noch an, daß der *bonorum emptor* die zur *translatio iudicii* notwendige „zweite Streitbefestigung" vollzogen habe, so ist die Situation folgende: Bezüglich sämtlicher anderen Schulden des Erblassers ist der *bonorum emptor* Sukzessor des Erben. Denn der

letztere ist ja zweifellos mit dem Momente, als er die Erbschaft angenommen hat, Passivsubjekt dieser Verbindlichkeiten geworden. Bezüglich der Prozeßobligation aber ist der *bonorum emptor* Rechtsnachfolger des Erblassers. Denn dieselbe war ja bis zur zweiten Litiskontestation, die erst der *bonorum emptor* vollzogen hat, subjektslos. Der *bonorum emptor* wäre also zugleich Universalsukzessor des Erben und des Erblassers. Mutet schon dieses Ergebnis merkwürdig an, so gilt dies in weit erhöhtem Maße von folgendem Fall, der zwar nicht sehr praktisch sein mag aber doch theoretisch denkbar ist und hier, wo es sich nur um die juristisch-theoretische Konstruktion der Prozeßtranslation auf den Erben handelt, zur Beweisführung herangezogen werden kann. Der Nachlaß bestehe nur aus einer Forderung[1]) gegen den Erblasser, welche zu dessen Lebzeiten bereits rechtshängig geworden war, und als Erbe sei der Sklave des Erblassers *cum libertate* eingesetzt.[2]) Als solcher ist er bekanntlich *heres necessarius*,[3]) d. h. er wird *ipso iure* mit dem Tode des Erblassers Erbe. Gleichwohl würde er in unserem Falle Subjekt des Nachlaßvermögens erst in dem Augenblicke, als er die zur Prozeßtranslation erforderliche neue Litiskontestation vollzieht. Was soll nun für die Zwischenzeit gelten? Soll er Erbe sein, wenngleich er nicht Subjekt

---

[1]) Vgl. auch Strohal, deutsches Erbrecht[3] I S. 15, 16.

[2]) Wir müssen uns allerdings in die Zeit vor der *lex Aelia Sentia* versetzen, da nach diesem Gesetze eine solche Freilassung als in *fraudem creditorum* erfolgt nichtig wäre. I (1, 6) pr. § 3.

[3]) Gai. II 154, 155.

des Nachlaßvermögens ist, oder soll er erst mit der *litis contestatio* Erbe werden, obwohl er *heres necessarius* ist? Beides ist unmöglich. Es gibt ebensowenig einen Erben ohne Nachlaßvermögen als einen *heres necessarius*, der erst durch eine besondere Willenserklärung Erbe wird.

Damit ist wohl dargetan, daß es ausgeschlossen ist, in den zur Translation erforderlichen korrespondierenden Parteiakten des *transferre actionem* und *accipere iudicium* eine neue Litiskontestation zu erblicken. Es bleibt demnach, soviel ich sehe, nur eine Auffassung möglich, die aber auch m. E. alle Schwierigkeiten löst. Das *transferre actionem* des Klägers einerseits, das *accipere iudicium* des Beklagten anderseits bilden den Tatbestand eines prozessualen Vertrags sui generis, — man kann ihn, wenn man will, Translationsvertrag nennen — der weder Konstituierung eines neuen Prozeßrechtsverhältnisses, noch prozessuale Sukzession bewirkt, sondern nur deklarative Bedeutung hat. Der Erbe sukzediert in die Parteirolle des Erblassers kraft Erbrechts *ipso iure* und nicht kraft irgendwelchen Prozeßvertrags. Der Translationsvertrag findet aber — auf diesen Punkt möchte ich besonderes Gewicht legen — seine theoretische und zugleich eminent praktische Rechtfertigung darin, daß bei jeder Prozeßtranslation auf den Erben die *nova quaestio*, ob der betreffende, auf welchen das *iudicium* übertragen werden soll, auch Erbe sei, auftaucht, eine Frage, die nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Zivilprozesses nicht ohne und gegen den Willen des Beklagten, mag es nun der Erbe selbst oder die bis-

herige Partei sein, zur richterlichen Entscheidung gebracht werden darf.

§ 2.

Wie sich beim Eintritt des Erben in den schwebenden Prozeß die Translationsformel gestalte, ist eigentlich eine Frage, die an Bedeutung gegenüber dem Hauptproblem, ob der Erbe in die Prozeßobligation sukzediere, zurücktritt. Gleichwohl hat sich die ältere Prozeßliteratur gelegentlich der Darstellung der *translatio iudicii* mit dieser Frage allein befaßt, obgleich die Quellen gerade in diesem Punkte fast vollständig versagen.

Keller[1]) ist m. W. der erste, der die Frage nach der Konzipierung der Translationsformel erörtert hat, und seine Lehre hat allgemeine Zustimmung gefunden.[2]) Hiernach läßt die *translatio iudicii* den objektiven Bestand der Formel unverändert und erfordert nur eine Umstellung der *condemnatio* auf den Namen des Erben. Die *intentio* der Formel insbesondere lautet daher auf den Namen des Erblassers. Viel vorsichtiger hat Keller diese Lehre in seinem Zivilprozeß § 68 i. f. formuliert. Gewiß sei nur soviel, daß einerseits die *condemnatio* beziehungsweise der zu ihr gehörige Restitutionsbefehl bei Arbitrar-

---

[1]) Litiskontestation S. 52, 166 ff., 167 N. 3

[2]) Vgl. z. B. Zimmern, Z. P. S. 362 und N. 17 ebenda, Rudorff, R. G. S. 248, der nur vermutet, daß man den Erben als solchen in der Translationsformel bezeichnet habe. Rudorff nennt dies Designation; vgl. dazu Sperl, Sukzession S. 43, 44. Vgl. ferner Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 452; Wetzell, Z. P.[3] S. 42 N. 4.

klagen immer auf den Namen des Erben umzustellen, anderseits bei *formulae in factum conceptae* auch bezüglich der *intentio* eine Änderung nicht nötig gewesen sei. „Inwieferne man aber bei den *actiones in ius conceptae* durch Belassung des Erblassers in der *intentio* den Normalzeitpunkt der *litis contestatio*, wo nötig, wahrte, oder durch Substituierung des Erben dem *iudex* die Verlegenheit ersparte, für oder gegen einen Toten ein gegenwärtiges Recht anzuerkennen: das muß dahingestellt bleiben." Von neueren Schriftstellern haben sich m. W. nur Eisele und Sperl zu unserer Frage geäußert. Für Eisele ist deren Beantwortung allerdings sehr einfach. Da die Translation auf den Erben nach seiner Ansicht allemal die Konstituierung eines *novum iudicium* bewirkt, so ist die rechtliche Lage offenbar dieselbe, als wenn erst der Erbe geklagt hätte beziehungsweise geklagt worden wäre. In einem solchen Falle muß aber, wie wir aus Gaius[1]) wissen, immer die *intentio* auf den Namen des Erben gestellt sein. Eiseles Auffassung von der Erbentranslation ist indessen, wie ich im vorigen Paragraphen dargetan zu haben glaube, verfehlt und damit fallen auch die aus ihr abgeleiteten Schlußfolgerungen.[2])

---

[1]) Inst. IV 34, vgl. auch D (5, 1) 74, 2, D (46, 3) 93 pr.

[2]) Eiseles (Z. R. G. 15, 140) Vorwurf gegen Keller, dieser „habe übersehen, daß die von ihm vermutete *intentio* nach dem Zeitpunkte, wo der Erbe die *litis contestatio* vornahm, zu beurteilen, für diesen Zeitpunkt aber auch dann nicht mehr wahr sein würde, wenn ein Gestorbener Gläubiger sein könnte", beruht, wie Sperl, a. a. O. S. 51 richtig bemerkt, auf einem Mißverständ-

Sperl,[1]) der mit uns in der Prozeßtranslation auf den Erben eine Sukzession desselben in die Prozeßobligation erblickt, hält wiederum eine auf den *defunctus* lautende *intentio* einer *in ius* konzipierten Translationsformel[2]) für ausgeschlossen. Es sei unmöglich zu sagen: *rem ex I. Qu. A^i A^i esse, N^m N^m dare oportere,* wenn A^e A^e beziehungsweise N^e N^e bereits tot sind. Die Formeln müßten vielmehr in derselben Weise abgefaßt gewesen sein, als wenn erst der Erbe geklagt hätte beziehungsweise geklagt worden wäre. Die *in ius* konzipierte *intentio* der Translationsformel sei daher immer auf den Erben gestellt gewesen. Eine solche Formel hätte allerdings genau so ausgesehen wie die Streiturkunde, welcher sich der Erbe hätte bedienen müssen, falls er selbst die Litiskontestation vorgenommen hätte. Anderseits mußte aber doch der Geschworene auf irgend eine Weise erfahren, daß der Erbe erst nach der Litiskontestation in den Prozeß getreten sei. Diesen Einwand hat Sperl nicht übersehen und er stellt uns mehrere Mittel zur Wahl, die zur erforderlichen Benachrichtigung des *iudex* dienen konnten: eine *praescriptio*, welche der

---

nis. Eisele fordert für die *translatio iudicii* eine neue Litiskontestation. Dann ist natürlich der Zeitpunkt derselben für die *intentio* maßgebend. Keller aber hat diese Anschauung nie gehabt, sondern ist vielmehr immer von der Einheit des Streitverhältnisses ausgegangen.

[1]) A. a. O. S. 34 ff., 52.

[2]) Bezüglich der *fae in factum conceptae* vgl. die m. E. zutreffenden Ausführungen Sperls, a. a. O. S. 38 ff.

erfolgten Prozeßtranslation Erwähnung tat, Einschaltung von Klauseln (Designationen im Sinne Rudorffs), aus denen ersichtlich war, daß der Erbe erst nach der Litiskontestation in den Prozeß getreten war,[1]) endlich Benachrichtigung des Geschworenen durch ein besonderes prätorisches Translationsdekret, „welches die Parteien dem Richter zugleich mit der transferierten Klagformel überbrachten".

Soweit die Literatur. Es ist gewiß nicht verlockend angesichts des Mangels jeglicher Quellenzeugnisse an die Erörterung einer Frage heranzutreten, die selbst eine Autorität wie Keller unentschieden lassen zu müssen vermeinte. Um aber doch der Frage nicht ganz aus dem Wege zu gehen, möchte ich doch noch einiges zur Diskussion stellen.

Man ist ja darüber einig, daß die *condemnatio* sowie der Restitutionsbefehl bei Arbitrarklagen auf den Erben lauten mußten, daß Formelbestandteile, insoferne sie lediglich Tatsachen erwähnten, (*demonstratio*, *intentio in factum*) ungeändert blieben. Schwierigkeiten entstehen bloß bezüglich der *intentio in ius concepta*. Kann eine solche *intentio* auf den Namen des *defunctus* gestellt sein? Sperl[2]) glaubt allerdings, abgesehen von der Unmöglichkeit, einem Toten ein *dare oportere* zuzuschreiben, noch ein positives Argument für die gegenteilige Annahme gefunden zu haben. „Der neue Wortlaut der alten Formel

---

[1]) Vgl. auch Dernburg, Krit. Zeitschr. 1 (1853) S. 476.

[2]) A. a. O. S. 84 ff.

geht aus gleicher Rechtslage hervor, als jene ist, in welche ein Erbe vor der Klagserhebung, beziehungsweise *litis contestatio* eintritt. Materiell muß die Formel daher dieselbe sein, ob der Erbgang nun vor oder nach der Litiskontestation stattgefunden hat, ob sie gleich anfangs auf den Erben gestellt wurde oder erst später im Wege der Translation." Diese Erwägung ist gewiß unzutreffend. Die Rechtslage des Erben ist eben gar nicht dieselbe, je nachdem er selbst den Prozeß erst beginnt oder nur den schon vom Erblasser begründeten Rechtsstreit fortsetzt und Sperl hat dies an anderer Stelle[1]) selbst anerkannt. Man braucht nur an Pönalklagen, welche erst durch die Litiskontestation aktiv oder passiv vererblich werden, sowie an die im vorigen Paragraphen angeführten Beispiele zu denken,[2]) um die Unrichtigkeit der Aufstellung Sperls zu erkennen. Aus Gaius'[3]) Bericht über die für und gegen den Erben gewährten Klagformeln auf die Translationsformel zu schließen, wie dies Sperl tut, ist daher unzulässig.

Es bleibt also nur noch das Bedenken, in der Formel einen Toten als Gläubiger und Schuldner zu bezeichnen, ihm ein *dare oportere* zuzuschreiben. Gegen eine solche *intentio* haben sich sowohl Demelius[4]) wie Lenel[5])

---

[1]) A. a. O. S. 49, 50.

[2]) Vgl. auch Keller, Litiskontestation S. 169 N. 4 und die daselbst angeführten Quellenbelege.

[3]) Inst. IV 34.

[4]) Confessio S. 274 ff.

[5]) l'Édit I S. 165 = E. P. S. 114, 115.

ausgesprochen. Allerdings bei anderer Gelegenheit. Ihre Polemik richtet sich gegen die von Savigny[1]) und Rudorff[2]) in dieser Weise rekonstruierten Formeln der *actiones interrogatoriae* und man wird die Berechtigung ihrer Argumente nur vollinhaltlich anzuerkennen haben. Für unseren Fall liegt die Sache indessen doch etwas anders. Der Erbe sukzediert in die bereits vom Erblasser begründete Prozeßobligation. Entscheidend für die richterliche Beurteilung der *intentio* ist also immer der Zeitpunkt der Litiskontestation des Erblassers. Für diesen Zeitpunkt jedoch ist die *intentio* richtig.[3]) Man denke ferner an den Fall, daß ein Prokurator die Streitbefestigung vollzogen hat und nun der Prinzipal *durante lite* stirbt. Die *intentio* der Formel war hier bekanntlich auf den Namen des Dominus gestellt. Sollte man nun die *intentio* auf den Erben umschreiben, von welchem der Prokurator gar kein Prozeßmandat hatte? Wenn ja, was sollte dann geschehen, falls man längere Zeit hindurch nicht wußte, wen man als Erben in die Formel zu setzen habe, weil z. B. der Erbe eine Deliberationsfrist erwirkt hatte oder weil er überhaupt unbekannt war und es schließlich zur *bonorum venditio mortui* kam? Sollte deshalb der Prozeß des Prokurators, über welchen dieser allein die Verfügungs-

---

[1]) System VII S. 23, 24.

[2]) R. G. II S. 277, vgl. auch Rudorff, Edictum S. 92.

[3]) Darauf hat schon Demelius, a. a. O. S. 275 aufmerksam gemacht. Man braucht also gar nicht zu dem ebenso bequemen wie bedenklichen Aushilfsmittel einer Fiktion „*si viveret*" zu greifen, um ein *dare oportere* des Verstorbenen plausibel zu machen.

macht hatte und der die Erben gar nichts anging, sistiert werden und dies alles deshalb, weil es unmöglich war „*defunctum dare oportere*"? Man sieht, wie haltlos derartige theoretische Bedenken sind und zu welchen Konsequenzen sie praktisch führen würden.[1]) Die ganze Frage kann vielmehr nur dann entschieden werden, wenn wir die Translationsformel auf ihre praktische Verwendbarkeit hin prüfen, und hier möchte ich allerdings zwischen Sukzession auf der Kläger- und Beklagtenseite unterscheiden. Was den ersteren Fall anbelangt, so scheint in der Tat eine Translationsformel, deren *intentio* auf den *defunctus* lautet, wenigstens dann sich als insuffizient zu erweisen, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Die rechtshängige Forderung zerfällt wie jede andere Forderung in so viele Teile als Teilerben vorhanden sind. Jeder der Miterben kann also für seinen Teil den Prozeß selbständig fortsetzen.

D (46, 7) 5, 7 Ulpian. l. 77 ad ed.:

nam et plures heredes rei necesse habebunt unum dare cognitorem, (D: procuratorem[2]) *ne defensio per plures scissa incommodo aliquo adficiat actorem.*

---

[1]) Ganz anders natürlich, wenn die Sukzession schon vor der Litiskontestation eingetreten ist. Hier ist in der Formel ein dem Erblasser zugeschriebenes *dare oportere* selbstverständlich ausgeschlossen, da dasselbe sofort mit der Sukzession in der Person des Erben entstanden ist. Daher sind auch Savignys und Rudorffs interrogatorische Formeln unhaltbar.

[2]) Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1705 N. 5. Die Interpolation ergibt sich aus dem oben S. 250 N. 1 Bemerkten.

aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent.

Das Fragment bezieht sich, wie die Vergleichung mit dem oben[1]) abgedruckten fr. 48 D (10, 2) ergibt, auf den Fall einer *translatio iudicii.*

Hätte nun ein Miterbe Teiltranslation begehrt und der Prätor eine Translationsformel: *s. p.* N^m N^m (der Beklagte) A^0 A^0 (der Erblasser) *C dare oportere* gewährt, so hätte der Geschworene, selbst wenn ihm in der *condemnatio* nur Verurteilung auf die Erbquote vorgeschrieben war, über die ganze Forderung erkannt, während es doch jedem Erben freistand, über seine Teilforderung selbständig zu verfügen. Es mußte daher der Teilerbe als Gläubiger in der Formel erscheinen. Wie dann dem Geschworenen die Tatsache mitgeteilt wurde, daß der Erbe erst nach der Litiskontestation in den Prozeß getreten sei, muß dahingestellt bleiben. Denkbar wäre eine *praescriptio.*[2]) Allerdings konnten die Miterben zusammen klagen oder auf einen gemeinsamen Kognitor

[1]) S. 250.

[2]) Allerdings fungierte im *translatum iudicium* in der Regel der Geschworene, welcher bei der Litiskontestation des Erblassers bestellt worden war. Notwendig war dies jedoch nicht und es konnte gerade, wenn Teiltranslationen stattfanden, zur Bestellung neuer *iudices* kommen. Praktisch empfahl es sich allerdings, sämtliche Teiliudicia an denselben *iudex* zu verweisen. Immerhin aber mußte die Translation in der Formel ihren Ausdruck finden. Ich vermag daher Sperl, S. 52 nicht zuzustimmen, wenn er es für hinreichend hält, daß der Geschworene lediglich durch prätorisches Translationsdekret (vgl. oben S. 84 N. 4) benachrichtigt wurde.

den Prozeß übertragen. Ob auch hier die *intentio* umgeschrieben werden mußte, vermag ich nicht zu entscheiden.

Bezüglich der zweiten Möglichkeit, der Sukzession auf der Beklagtenseite, wird die Kellersche Translationsformel vor allem nach zwei Richtungen hin zu erproben sein. Einmal mit Rücksicht auf Teilzahlungen, die der Erbe leistet, und dann für den Fall, daß mehrere Teilerben vorhanden sind, auf welche der Prozeß transferiert werden soll. Gerade nach diesen beiden Richtungen hin erweist sich nämlich die Savigny-Rudorffsche *formula interrogatoria* mit ihrer auf den *defunctus* lautenden *intentio* als unbrauchbar.[1])

Bezüglich der Zahlungen, welche der Erbe leistet, kommen die Grundsätze, welche für die Erfüllung der Schuld *post litem contestatam* gelten, in Betracht.[2]) Seit Anerkennung des Sabinianischen Satzes: „*omnia iudicia absolutoria*" hatte der Geschworene den Beklagten auf den Rest der Schuld zu verurteilen oder freizusprechen, je nachdem er nur teilweise oder ganz erfüllt hatte.[3]) Die Kellersche Translationsformel mit ihrer *intentio* „*s. p. defunctum dare oportere*" gab in diesem Punkte zu keinen Schwierigkeiten Anlaß. Die Situation war dieselbe, wenn der Defensor im Prozesse für den inzwischen verstorbenen Prinzipal Zahlung leistete. Wenn hier eine Um-

[1]) Vgl. Demelius, a. a. O. S. 275, 276; Lenel, E. P. S. 115, Z. R. G. 33 S. 2, l'Édit I S. 166.

[2]) Gai. IV 114.

[3]) Teilzahlung konnte der Kläger allerdings in der Regel zurückweisen.

änderung der Formel auf den Erben nicht stattfand, der Geschworene vielmehr den zahlenden Defensor absolvierte, obwohl er damit formell wenigstens ein *dare oportere* eines Verstorbenen als getilgt anerkannte, warum sollte es sich bei der Translation auf den Erben anders verhalten haben?

Schwieriger ist der Fall, daß die Prozeßobligation auf mehrere Miterben übergeht. Würde hier ebenso wie bei der Sukzession auf der Klägerseite die Prozeßobligation in so viele Teilobligationen zerfallen als Miterben vorhanden sind, so wäre die Kellersche Translationsformel allerdings unbrauchbar. Jede Teilschuld hätte dann unabhängig von der anderen ihre eigenen rechtlichen Schicksale und man braucht sich nur vorzustellen, daß der eine Teilerbe seine Prozeßobligation durch Zahlung oder Vergleich zum Erlöschen gebracht habe, um einzusehen, daß man mit einer auf den Erblasser gestellten *intentio* nicht das Auslangen finden konnte.[1])

Die Sache verhält sich jedoch ganz anders. Die Quellen sprechen es ganz unzweideutig aus, daß der Kläger sich auf eine Teilung des *iudicium* nicht einzulassen brauche, sondern vielmehr Defension *in solidum* durch sämtliche Miterben oder durch einen von ihnen bestellten Kognitor verlangen könne. Vgl. fr. 48 D (10, 2), abgedruckt oben S. 250 und fr. 5, 7 D (46, 7), abgedruckt oben S. 261.[2])

[1]) Vgl. Lenel, Z. R. G. 33 S. 1 ff.

[2]) Vgl. auch D (3, 3) 42, 7 Paul. l. 8 ad ed.: *Reo latitante post litem contestatam ita demum sponsores* (D: fideiussores, Lenel,

Der Kläger kann also jedenfalls gemeinsame Verhandlung und Entscheidung gegen sämtliche Miterben verlangen.[1]) Man darf dabei nicht etwa daran denken, daß gegen jeden Teilerben eine besondere Translationsformel ausgefertigt und sämtliche Formeln ein und demselben Geschworenen zur Entscheidung überwiesen wurden, sondern gemeint ist damit vielmehr, daß sämtliche

---

Pal. zu Paul. fr. 167 N. 4) *eum defendere videbuntur, si vel unus ex his eum pro solido defendat, vel omnes vel qui ex his unum dederint in quem iudicium transferetur.*

[1]) Tiefer in diese interessante Frage einzudringen, gestatten leider die Quellen nicht. Insbesondere läßt es sich nicht feststellen, ob die Miterben solidarisch für das *condemnari oportere* haften oder ob bloß einfache Unteilbarkeit der Prozeßobligation vorliegt, die sofort wieder wegfällt, sobald die auf Geld gerichtete Iudikatsobligation entsteht, oder ob endlich die Prozeßobligation von Anfang an geteilt ist und die Teilerben dem Kläger nur als Streitgenossen zu gemeinsamer Verhandlung auf Grund einer Streiturkunde verpflichtet sind. Die letztere Unterscheidung ist praktisch nicht ohne Bedeutung. Denn wenn die Prozeßobligation geteilt ist, so tritt der einzelne Erbe, der für die übrigen Miterben *defensionem in solidum* übernimmt, auch dem Kläger gegenüber als Defensor *rei alienae* auf und müßte daher *cautio iudicatum solvi* leisten. Gegen die beiden ersten Möglichkeiten scheint mir allerdings der Umstand zu sprechen, daß der Kläger nach den zitierten Quellenstellen nicht als berechtigt erscheint, den einzelnen Erben als Schuldner *in solidum* zu belangen, sondern vielmehr nur *defensio in solidum* seitens des einzelnen Erben oder durch sämtliche Erben verlangen kann. Er kann also keinen Einwand erheben, wenn alle Miterben ihm als Beklagte entgegentreten, während bei solidarischer Verpflichtung derselben es in seiner Macht stünde, welchen von den Solidarschuldnern er belangen will. Vgl. auch D (46, 5) 2, 2 i. f.

Miterben auf Grund einer gemeinschaftlichen Streiturkunde prozessierten. Denn sonst würde sich Paulus in fr. 48 D (10, 2) wohl anders ausgedrückt und nicht bemerkt haben: ***non potest in partes iudicium scindi.*** Stellt sich daher von mehreren Miterben dem Kläger nur einer, so bleibt ihm nur die Wahl, entweder auch für die übrigen Miterben die Defension zu übernehmen oder selbst als indefens zu gelten.[1]) Bei dieser Gestaltung der Dinge ist die Kellersche Translationsformel nicht nur unbedenklich, sondern vielmehr die einzig brauchbare. Eine für sämtliche Miterben gemeinsame Streiturkunde, deren *intentio* auf die Namen aller Teilerben lautete, dürfte m. E. schwerer vorstellbar sein als die Kellersche Translationsformel. Ja, man kann vielleicht sogar noch einen Schritt weiter gehen und fragen, wieso die Juristen zu dieser eigentümlichen Gesamthaftung der Erben hätten gelangen können, wenn die *intentio* der Translationsformel immer auf den Namen des Erben gestellt gewesen wäre. Ulpian in fr. 5, 7 cit. führt allerdings als Grund an: *ne defensio per plures scissa incommodo aliquo adficiat actorem.* Allein das hindert ihn nicht, die Teiltranslation bei Vorhandensein mehrerer Erben auf der Klägerseite für zulässig zu halten. Die Unannehmlichkeit, statt eines mehrere Prozesse zu führen, ist indessen für den Beklagten ebenso vorhanden wie für den Kläger. Wie dem aber auch immer sein möge, das eine dürften die bisherigen Aus-

[1]) Wollte allerdings der Kläger das *iudicium* teilen, was ihm ja freistand, so mußte die *intentio* wohl auf den Namen des Erben gestellt werden.

führungen ergeben haben, daß der von Keller behaupteten Translationsformel mit ihrer auf den *defunctus* lautenden *intentio in ius concepta* sachliche Bedenken wenigstens für den Fall der Sukzession auf der Beklagtenseite nicht entgegenstehen. Insbesondere ist der Einwand, daß man von einem Verstorbenen kein *dare oportere* behaupten könne, haltlos. Derartige Formeln finden sich auch sonst, ohne daß die Römer daran Anstoß genommen hätten.

Ich möchte zum Schlusse dieses Paragraphen noch auf einige in den Quellen überlieferte Translationsfälle hinweisen, für welche mich die Kellersche Formel die einzig verwendbare dünkt. Es sind dies folgende Stellen:

1. D (3, 2) 6, 2 Ulpian. l. 6 ad edict.:

Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: et ideo (nec cognitor, ins. Lenel[1]) *nec procurator meus vel defensor vel tutor vel curator* ***vel heres*** *furti vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur, nec ego si ab initio per* (cognitorem vel, ins. Lenel[1]) *procuratorem causa agitata est.*

Ulpian kommentiert die Bestimmung „*qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude* ***suo nomine damnatus*** *pactusve erit*" des prätorischen Edikts[2]) und zählt eine Reihe von Personen auf, die nicht *suo nomine* kondemniert und daher auch nicht infam werden. Darunter finden wir auch den *furti* kondemnierten

[1]) Pal. zu Ulp. fr. 282 N. 1 und 2.

[2]) Lenel, l'Édit I S. 87.

Erben. Das setzt aber den Tatbestand voraus, daß noch der Erblasser mit der *actio furti* belangt worden war und *translatio iudicii* auf den Erben stattgefunden hatte. Denn sonst wäre die Haftung des Erben mit der Diebstahlsklage nicht erklärlich.[1])

Der Erbe wird also ebensowenig wie der Kognitor, Prokurator oder Tutor *suo nomine* kondemniert. Von den letztgenannten Personen wissen wir jedoch aus Gaius, daß sie mittels *formulae* mit subjektiver Umstellung agierten, und Gaius bezeichnet dies ausdrücklich als *alieno nomine agere.*

> Gai. IV 86: *qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.*[2])

„Demnach ist lediglich die Fassung der *intentio* entscheidend; dadurch, daß die *condemnatio* den Namen des Kognitors" (Prokurators, Tutors, Defensors) „aufweist, erhält das Agieren des Vertreters nicht das Gepräge einer Handlung auf eigenen Namen."[3]) Es soll indessen nicht in Abrede gestellt werden, daß dem Terminus „*alieno nomine agere*" auch eine weitere materiellrechtliche Bedeutung im Sinne von Prozessieren auf Grund fremder Rechtsbeziehung zukommen kann.[4]) Allein für den Kog-

---

[1]) Vgl. D (47, 1) 1 pr., Bas. XXI 2, 6 und das Scholion von Stephanus bei Heimbach, II S. 438. Vgl. ferner Girard, Manuel[3] S. 406.

[2]) Vgl. auch Gai. IV 87, Rümelin, Stellvertretung S. 11 ff.; Wlassak, Kognitur S. 33—36.

[3]) Worte Wlassaks, Kognitur S. 33.

[4]) Hruza, Über das lege agere pro tutela S. 16 N. 47, S. 18 N. 50. In diesem Sinne sprechen die Quellen von einem *servi nomine*

nitor, Prokurator und Tutor ist *alieno nomine agere* = „agieren mittels transpositizischer Formel" technisch. Darüber kann Gai. cit. keinen Zweifel aufkommen lassen. Weil nun diese Personen *alieno nomine*, d. h. mittels *formulae* mit subjektiver Umstellung agieren, werden sie auch *alieno nomine* kondemniert.[1])

Die völlige Parallelisierung des *heres* mit den Prozeßvertretern drängt nun m. E. unabweislich zum Schlusse, daß es sich mit jenem ebenso verhalten habe. Der *furti* belangte Erbe wird *alieno nomine* verurteilt, weil er *alieno nomine* agiert, d. h. weil die *intentio* der Formel auf den Namen des Erblassers gestellt ist.[2]) Die auf den Erben transferierte Formel der *actio furti nec manifesti*[3]) muß demnach gelautet haben[4]): *S. p. A⁰ A⁰ a N⁰ N⁰ opeve consilio Nⁱ Nⁱ furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nᵐ Nᵐ pro fure damnum decidere oportet, tantae pecuniae duplum iudex L. Titium* (der Erbe) *A⁰ A⁰ c. s. n. p. a.*[5])

---

agere des Herrn bei Noxalklagen, von einem *filii nomine agere* bei Klagen des Gewalthabers aus Aktivgeschäften des Haussohnes. Vgl. z. B. D (3, 2) 14, D (2, 2) 3, 4, D (9, 5) 28.

[1]) Vgl. Wlassak, a. a. O. S. 34.

[2]) Ich kann daher Hruza, a. a. O. S. 17 in N. 47 ex S. 16 nicht zustimmen.

[3]) Die *actio furti manifesti* interessiert uns hier weiter nicht, weil sie *in factum* konzipiert war. Auch fehlen Anhaltspunkte für deren Rekonstruktion. Vgl. Lenel, l'Édit II S. 54, 55.

[4]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 50, 51.

[5]) In welcher Weise dem *iudex* die Frage nach der Erbenqualität zur Kognition gestellt wurde, kann erst im nächsten Paragraphen erörtert werden. In dieser Beziehung macht die Re-

[illegible] der Prinzipal nur dann [illegible] werden, wenn ab initio per procuratorem causa agitata est. Hat er also selbst litem kontestiert und nachträglich einen Prokurator bestellt, so tritt Infamie ein. So erklärt auch Stephanus[1], diesen Satz

ἀλλ' οὔτε αὐτὸς ὁ δεφενδευθεὶς, ἐν ᾧ μέντοι ἐξ ἀρχῆς πᾶσαν διὰ προκουράτωρος τὴν δίκην ἐγύμνασεν. εἰ γὰρ σοῦο νόμινε προκάταρξιν δεξάμενος τὴν ἀρχὴν, διὰ προκουράτωρος τὰ λοιπὰ τῆς δίκης ἐγύμνασεν, ἀτιμοῦται μετὰ καταδίκην.[2])

Man kann hiebei nur an eine *translatio iudicii* auf einen Kognitor oder Prokurator denken und darauf verweist auch Stephanus.[3]) Dann wird aber der Prozeßvertreter kondemniert und nicht der Prinzipal. Gleichwohl soll derselbe infamiert werden, weil er selbst die Litiskontestation vollzogen hat.[4]) Das steht aber in direktem

konstruktion der Translationsformel auf Vollständigkeit keinen Anspruch.

[1]) Heimbach, II S. 488.

[2]) In Heimbachs, l. c. Übersetzung: *sed neque ipse, qui defensus est (scil. infamia notatur), dummodo ab initio totam litem per procuratorem exercuerit. Nam si suo nomine ab initio litem contestatus sit, et per procuratorem cetera litis exercuerit, notatur post condemnationem.*

[3]) l. c.: *Σημείωσαι οὖν, ὅτι ὁ σοῦο νόμινε ἐναγόμενος δύναται μετὰ προκάταρξιν προβάλλεσθαι προκουράτωρα.*

[4]) Dem letzten Satz unserer Stelle liegt, nebenbei bemerkt, durchaus der Gedanke zugrunde, daß bei Prozeßtranslation auf

Widerspruch zum prätorischen Edikt, nach welchem nur den *suo nomine damnatus* die Infamie treffen soll. Eine Lösung dieses Widerspruchs ergäbe sich allerdings dann, wenn bei Eintritt eines Prokurators nach der Litiskontestation das Urteil nicht auf seinen, sondern des Vertretenen Namen lautete, ein Rechtssatz, den ein Basilikenscholion zu Bas. XXI 2, 6 = D (3, 2) 6, 2 cit. zu kennen scheint[1]) und der sich auch im italienisch-kanonischen

einen Prokurator die vom Prinzipal vollzogene Streitbefestigung in Kraft bleibe. Das trifft aber, wie wir wissen, für das klassische Prozeßrecht nur bezüglich der kognitorischen und nicht auch bezüglich der prokuratorischen Prozeßtranslation zu. Eine Interpolation *cognitor* für *procurator* ist nicht anzunehmen, da Ulpian an dieser Stelle die Erwähnung des Prokurators neben dem Tutor und Defensor nicht unterlassen konnte. Diese Erwägung allein schon genügt, den fraglichen Satz als verdächtig erscheinen zu lassen.

[1]) Das Scholion (Heimbach, II S. 439) kommentiert von der Bestimmung der Bas. 21, 2, 6: *ὁ ἀλλοτρίῳ ὀνόματι καταδικαζόμενος ἀτιμοποιῷ ἀγωγῇ οὐκ ἀτιμοῦται, τυχὸν ἐντολεὺς . . . ἢ κουράτωρ, ἢ κληρονόμος, μετὰ προκάταρξιν ὡς εἰκὸς κατὰ τοῦ κλέπτου γεγενημένην ἐπὶ τῇ κλοπῇ κτλ.* die gesperrt gedruckten Worte und erklärt: *καθ' οὗ γὰρ ἡ προκάταρξις, κατ' ἐκείνου καὶ ἡ ἀπόφασις.* Die erläuterten Worte beziehen sich aber im Zusammenhang der Stelle auf den *κληρονόμος* und besagen, daß der Erbe nur dann aus dem *furtum* des Erblassers kondemniert werden könne, wenn der Erblasser bereits belangt worden sei. In diesem Zusammenhange wäre die Bemerkung des Scholiasten ganz sinnlos. Denn es wird ja der Erbe kondemniert. Sinn gewinnt das Scholion erst dann, wenn man den letzten Satz der Gesetzesbestimmung heranzieht: *εἰ δὲ δι' ἐντολέως ἐξ ἀρχῆς ἐκινήθη ἡ δίκη, οὔτε ὁ πλημμελήσας ἀτιμοῦται.* Hat der Prokurator *ab initio litis* interveniert, so wird weder er noch der Vertretene infam. Denn jener wird *alieno*

Prozesse findet.[1]) Für das römische Prozeßrecht der klassischen Zeit ist dies dagegen ganz unmöglich[2]) und ich möchte daher den Schluß des fr. 6, 2 cit. von *nec ego* an als dringend interpolationsverdächtig bezeichnen. Der daselbst gebrauchte Ausdruck *causam agitare*[3]) in der Bedeutung von *litem* kontestieren ist übrigens ganz ungewöhnlich.

2. Eine *formula* mit subjektiver Umstellung setzt auch der bei Paulus l. 5 ad ed. D (3, 2) 14 erwähnte Translationsfall voraus.

---

nomine, dieser überhaupt nicht kondemniert. Tritt aber der Vertreter erst *μετὰ προκάταρξιν* in den Prozeß, so wird der Prinzipal doch infamiert, weil er *litem* kontestiert hat und daher gegen ihn das Urteil ergeht. *Καθ' οὗ γὰρ ἡ προκάταρξις κατ' ἐκείνου καὶ ἡ ἀπόφασις.* Diesen Gedankengang wird man dem Scholiasten unterlegen müssen, wenn seine Bemerkung überhaupt verständlich sein soll.

[1]) Vgl. Tancredus, ordo iudiciorum P. 4 tit. 1 § 5 und Durantis, speculum iudiciale lib. II partic. III § 6.

[2]) Arg. C (7, 45) 1 Sever und Caracalla a⁰. 208.

[3]) Er findet sich nach dem Vocabularium iurisprud. nur noch in fr. 19 D (49, 1) in der Bedeutung von prozessieren überhaupt. Die Stelle ist übrigens auch nicht ganz unverdächtig. *Excusationem agitare* in fr. 20 pr. D (49, 1) ist wahrscheinlich, (vgl. Hruza, a. a. O. S. 22 ff.) *iudicium agitare* in fr. 4, 3 D (9, 4) sicher interpoliert. (Lenel, Pal. zu Paul. fr. 110 N. 3). Echt ist hingegen das intransitiv gebrauchte *agitare* = *agere* = *litem contestari* in fr. 73 D (46, 1). *Agitare* transitiv gebraucht mit den Objekten *rem*, *speciem*, *propositionem*, *quaestionem* dient technisch zur Bezeichnung der wissenschaftlichen Kontroverse. In dieser Bedeutung ist es am häufigsten. Vgl. die Stellen im Vocabularium. Echt ist auch *pecuniam agitare* = *exigere* in fr. 4, 2 D (27, 7).

Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur: quippe cum initio lis in eum contestata non sit.[1])

Die transferierte Formel (für die *actio furti nec manifesti*) kann m. E. nur gelautet haben:

S. p. A⁰ A⁰ a Sticho servo opeve consilio Stichi furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem dominum eius, cuius is in potestate esset, aut pro fure damnum decidere aut Stichum servum noxae dedere oporteret, tantae pecuniae duplum iudex Stichum A⁰ A⁰ c. s. n. p. a.[2])

Nach Sperl wäre auch die *intentio* auf den Namen des Erben gestellt gewesen. Die Formel hätte also folgende Gestalt gehabt:

S. p. A⁰ A⁰ a Sticho opeve consilio Stichi furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Stichum

---

[1]) Ob der mit *quippe* eingeleitete Satz wirklich bei Paulus gestanden hat, mag nach dem vorhin zu fr. 6, 2 D (3, 2) Bemerkten zweifelhaft erscheinen. Doch wage ich hier keine Entscheidung.

[2]) Ich folge der Formelrekonstruktion Lenels, l'Edit I S. 184, II S. 52, abweichend jedoch E. P. S. 127 ff. Vgl. auch das oben S. 269 N. 5 Bemerkte. In der *condemnatio* mußte natürlich die Klausel „*aut noxae dedere*" als gegenstandslos wegfallen, nicht aber in der *intentio*. War doch auch die *intentio* der Noxalformel *sine noxae deditione* nach Lenel, l'Édit I S. 184 auf das alternative *damnum decidere aut noxae dedere* gestellt.

pro fure damnum decidere oportet, tantae pecuniae duplum iudex Stichum A⁰ A⁰ c. s. n. p. a.[1])

Warum auf Grund einer solchen Formel Stichus nicht *suo nomine* kondemniert und daher infam hätte werden sollen, vermag ich nicht einzusehen. Daran konnte eine *praescriptio* oder ein sonstiger Formelzusatz, der den Geschworenen belehrt hätte, daß Stichus erst nach der Litiskontestation als Erbe in den Prozeß getreten war, nichts ändern. Zu einer solchen Formel würde uns vielmehr Eiseles Theorie führen, die Sperl[2]) gerade an der Hand dieser Stelle sehr wirksam widerlegt hat.

3. Mit einiger Wahrscheinlichkeit glaube ich Translationsformeln mit subjektiver Umstellung auch für die bereits im vorigen Paragraphen erwähnten Fälle der Translation der *actio tutelae* auf den Erben des Tutors annehmen zu dürfen. Hätte die Translationsformel gelautet:

Quod N^a N^a A^i A^i tutelam gessit, quidquid ob eam rem L. Titium (der Erbe) *dare facere oportet ex f. b., eius iudex L. Titium A⁰ A⁰ c. s. n. p. a.,*[3])

---

[1]) Eine alternativ gefaßte *intentio: aut pro fure damnum decidere aut noxae dedere* ist für Sperl natürlich ausgeschlossen. Wenn Sperl, a. a. O. S. 50 N. 1 unter Berufung auf Lenel, E. P. S. 264 behauptet, daß die *condemnatio* der Noxalformel: *aut pro fure damnum decidere* (?) *aut servum noxae dedere* durch Weglassung der zweiten Alternative für die *translatio iudicii* angepaßt wurde, so liegt wohl nur ein Mißverständnis vor.

[2]) A. a. O. S. 50.

[3]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 38. Eine teilweise abweichende Rekonstruktion der Formel bei Wlassak, neg. gest. S. 119.

so wäre es dem Geschworenen schwer gefallen, die verschärfte Haftung des Erben, der *post litem contestatam* in den Prozeß tritt, zu berücksichtigen. Daß er möglicherweise durch eine *praescriptio* aufmerksam gemacht wurde, daß die Klage schon gegen den Tutor erhoben war, vermag dieses Bedenken nicht zu beseitigen. Denn maßgebend war ja doch die *intentio* und in dieser stand: *quidquid L. Titium d. f. oportet ex f. b.* Alle diese Schwierigkeiten verschwinden, wenn wir uns die Formel transpositizisch abgefaßt denken. Dann ergab sich schon aus der Streiturkunde, daß der Erbe genau in demselben Umfange haftete wie der Erblasser.[1])

§ 3.

Ich wende mich nun der Darstellung des Translationsverfahrens zu. Die Quellen versagen allerdings auch hier fast vollständig, doch dürften sich wenigstens die Hauptpunkte mit einiger Sicherheit feststellen lassen, da naturgemäß das Translationsverfahren wenigstens in den Hauptzügen mit dem uns aus den Quellen besser bekannten Verfahren bei Klagen des Erben beziehungs-

[1]) Infamierung des Erben war ausgeschlossen, da er auf Grund einer solchen Formel immer nur *alieno nomine* kondemniert werden konnte. Wurde die *actio tutelae* dagegen erst gegen den Erben geltend gemacht, so wurde wahrscheinlich in der Formel ersichtlich gemacht, daß er nur als Erbe hafte. Vgl. D (3, 2) 6, 6 und dazu Appleton, le fragment d'Este S. 26 N. 5, S. 27 N. 2.

weise gegen ihn übereinstimmen muß und daher Analogieschlüsse zulässig sein werden.

Stirbt eine Partei während des Prozesses, so tritt zunächst eine Unterbrechung des Verfahrens ein. Der Geschworene kann weder zugunsten noch gegen die verstorbene Partei[1]) ein giltiges Urteil fällen.[2]) Der Anstoß

---

[1]) Vgl. D (42, 1) 59 Ulp. l. 4 de omn. trib., eine Stelle, die sich allerdings auf das Kognitionsverfahren bezieht und D (49, 8) 2, 1 Paul. l. 3 resp. Dazu die zutreffenden Ausführungen Sperls, a. a. O. S. 15. Die schon von der Glosse und neuerdings auch von Wetzell, Z. P.[3] S. 41 N. 1 vertretene Ansicht, daß nur das dem Verstorbenen ungünstige Urteil nichtig sei, ist unhaltbar. Vgl. Sperl, S. 16, 17. Daß es insbesondere nicht angeht, sich hiefür auf fr. 30 pr. D (40, 5) zu berufen, wie dies Wetzell tut, hat Sperl richtig dargetan. Seiner sonstigen Erklärung der Stelle kann ich jedoch nicht zustimmen. Der Fall ist folgender: Der Fideikommissarprätor hatte gemäß dem S. C. Dasumianum (nicht Iuncianum, wie Sperl meint, vgl. D (40, 5) 51, 4) erkannt, daß der mit dem Freiheitsfideikommiß Belastete *ex iusta causa* abwesend sei und den Sklaven für frei erklärt. Dem Fiduziar blieben hier die Patronatsrechte gewahrt, die er nach dem S. C. Rubrianum verloren hätte. Vgl. Glück-Leist, Pand. Serie der Bücher 37, 38 Bd. 4 S. 437, 438; I. Pfaff, libertus orcinus S. 12, 17. Zur Zeit des Erlasses des Dekrets war aber der Fiduziar schon tot. Der Prätor hätte daher streng genommen über die *iusta causa absentiae* des Erben des Fiduziars kognoszieren müssen. Der Kaiser reskribiert jedoch: *in heredis personam transferendum decretum eoque loco ius eius esse, quasi hunc ipsum ex eadem causa abesse pronuntiasset.*

[2]) Nicht uninteressant ist die Frage, wie es mit dem Prozesse stand, wenn der *iudex* gleichwohl ein solches Urteil gefällt hatte. Dasselbe war nichtig. Schwalbach, Z. R. G. 20 S. 113 ff. und neuerdings Hölder, Z. R. G. 37 S. 230 ff. lehren nun, daß ein

zur Wiederaufnahme des Verfahrens, d. h. zur *translatio iudicii* muß vom Kläger (mag es nun der Erbe selbst oder die alte Partei sein) ausgehen. Denn in seiner Hand allein ruht nach römischem Recht der Prozeßbetrieb.

Im einzelnen ist zwischen Sukzession auf der Kläger- und Beklagtenseite zu unterscheiden:

A. Sukzession auf der Klägerseite.

1. Der Beklagte erscheint zum Translationstermin *in iure* überhaupt nicht oder er erscheint, verweigert aber jede Erklärung. Dann gilt er als *indefensus* und es kommt zur *missio in bona.* Ist es anderseits liquid, daß dem Kläger Erbrecht nicht zukomme, so wird der Prätor die Translation denegiert, d. h. die *missio in bona* verweigert haben.

2. Der Beklagte erscheint, behauptet aber selbst Erbe zu sein.[1]) Dann ist der Kläger auf die *hereditatis petitio* verwiesen. Der Beklagte könnte der *translatio iudicii* die *exceptio ne praeiudicium fiat hereditati* entgegensetzen.[2]) In seiner Eigenschaft als Erbschaftsschuldner

---

nichtiges Urteil auch die Litiskontestation aufhebe. Neuerliche Klage war also möglich. Allein damit war gerade in unserem Falle dem Kläger nicht geholfen, wenn es sich z. B. um eine passiv unvererbliche Klage handelte, die erst durch die Streitbefestigung transmissibel wurde. Denn Voraussetzung für seinen Klagsanspruch gegen den Erben war gerade die giltige Litiskontestation mit dem Erblasser.

[1]) Diese Möglichkeit wird von Sperl nicht berücksichtigt.

[2]) A. M. allerdings Francke, Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione S. 92 ff. Gegen Francke jedoch Windscheid-Kipp, Pand.[8] III S. 526 N. 1.

gilt er als *iuris possessor* und ist als solcher zur *hereditatis petitio* passiv legitimiert.[1]) In der *hereditatis petitio* wird auch der schwebende Streit zum Austrag gebracht und es kommt daher gar nicht zu einer Prozeßtranslation. Ein Gegenargument darf nicht entnommen werden aus fr. 32, 10 D (4, 8) Paul. l. 13 ad edict.:

> *Si is faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat, futurum est praeiudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat:* ***ergo interea inhibendus est arbiter.***

Dernburg[2]) hat diese Stelle viele Schwierigkeiten bereitet und die Art und Weise, wie er dieselben hinwegzuräumen sucht, kann m. E. nicht als gelungen bezeichnet werden. Nach dem Kompromiß soll „der Sache nach" dem Erben nur der Anspruch zustehen, daß sich der Gegner dem Kompromiß unterwerfe. Nur dieser Anspruch werde durch die *hereditatis petitio in iudicium* deduziert. War demnach in der Erbschaftsklage zugunsten des Klägers erkannt, so war nur über diesen Anspruch entschieden. Der Arbiter mußte dann noch urteilen, ob dem Kompromiß eine wahre Schuld zugrunde liege. Dernburg hat sich indessen diese Schwierigkeiten durch Supponierung eines unrichtigen Tatbestandes selbst be-

---

[1]) D (5, 3) 13, 15; 16 pr. Vgl. auch D eod. 16, 4 und Dernburg, Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 1; Leinweber, hereditatis petitio S. 45; Girard, Manuel[3] S. 894, 895. Eine *possessio pro possessore* ist hier wohl kaum denkbar. Vgl. Leinweber, a. a. O. S. 46.

[2]) A. a. O. S. 65, 66.

reitet. Er geht von der Annahme aus, daß der Erblasser mit dem Schuldner ein Kompromiß abgeschlossen habe und der letztere nun selbst Erbe zu sein behauptet. Die Sache liegt aber gerade umgekehrt. Der Erblasser ist Schuldner und der Gläubiger geriert sich als Erbe.[1]) In der *hereditatis petitio* kann nun natürlich nicht über den Bestand der Forderung erkannt werden. Denn sie gilt als durch Konfusion erloschen, wenn der Erbe Gläubiger ist. Das Schiedsverfahren muß daher sistiert werden. Siegt der Gläubiger in der *hereditatis petitio*, so wird es gegenstandslos, im entgegengesetzten Falle nimmt es seinen Fortgang.

Liegt hingegen der von Dernburg vorausgesetzte Tatbestand vor, so kann die Entscheidung nur dahin gehen, daß das Schiedsverfahren überhaupt aufgehoben und nun in der *hereditatis petitio* zugleich über das Erbrecht wie über die Forderung selbst erkannt wird.

3. Der Beklagte behauptet, daß nicht der Kläger, sondern ein anderer Erbe sei. In diesem Falle ist eine *hereditatis petitio* nicht zulässig. D (5, 3) 42 Ulpian. l. 67 ad ed.:

> *Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.*[2])

---

[1]) Daß dieser Tatbestand der richtige ist, bestätigen auch die Bas. VII 2, 32: *ἐάν τις μετὰ τοῦ τελευτήσαντος ἐν αἱρετῷ δικαστῇ δικαζόμενος κτλ.*

[2]) Vgl. auch D (5, 3) 49 und Windscheid-Kipp, Pand.[8] III S. 516 N. 3; Girard, Manuel S. 895 N. 3.

Zweifellos konnte der Prätor die Erbrechtsfrage selbst untersuchen und die *translatio iudicii* verweigern, wenn der Kläger sein Erbrecht nicht nachzuweisen vermochte.[1]) Den Regelfall wird das jedoch nicht gebildet haben und es entsteht dann die Frage, auf welche Weise über das bestrittene Erbrecht entschieden werden sollte.

Einfach lag die Sache dann, wenn es sich nur um *bonorum possessio* handelte. Es wurde die Frage, ob der Kläger *bonorum possessor* sei, dem *iudex* durch eine *exceptio „si A⁰ A⁰ ex edicto praetoris bonorum possessio data est"* zur Entscheidung überwiesen.[2]) Wie aber, wenn der Kläger *heres* zu sein behauptete? An diesem Punkte wird die Fassung der Translationsformel von Bedeutung. Lautete die *intentio* auf den Namen des Erben, wie wir oben wahrscheinlich zu machen suchten, so war damit wenigstens bei der *in ius* konzipierten *intentio* eo ipso die Erbrechtsfrage vor den Geschworenen gewiesen. Denn er konnte ein *dare oportere* zugunsten des Erben nur dann bejahen, wenn diesem wirklich Erbrecht zukam.[3])

---

[1]) Liquidät war hiezu nicht erforderlich. Vgl. Schott, Rechtsschutz S. 67 ff., 90 ff., 122, 124, 136, Zivilprozeß und R.wissensch. S. 22, 23.

[2]) Lenel, l'Édit I S. 207, 208 = E. P. S. 143. Lenel verweist jetzt in der französischen Ausgabe seines Edictum perpetuum auf fr. 20 D (44, 1), welches eine *exceptio bonorum possessionis non datae* erwähnt. A. M. Keller-Wach, Z. P. N. 478: *praescriptio, E. R. A. si A⁰ A⁰ ex edicto meo bonorum possessio data est*, und Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 311 N. 38, der an ein *praeiudicium* denkt.

[3]) Die *intentio* leistete hier an sich schon dieselben Dienste wie im obigen Falle die *exceptio bonorum possessionis*. Daraus scheint

Eine transpositizisch gefaßte Translationsformel bot hingegen zur Untersuchung der Erbrechtsfrage keine Handhabe. Auf welche Weise dieselbe dann zur Entscheidung gebracht wurde, ob durch *praeiudicium* oder *sponsio praeiudicialis*[1]) oder ob man nach Analogie der *exceptio bonorum possessionis datae* auch eine *exceptio „si heres est"* annehmen darf, muß dahin gestellt bleiben.[2]) Denkbar wäre es auch, daß die Erbrechtsfrage unerledigt blieb und der Erbe nur gegen dem Beklagten zu leistende Kaution zur *translatio iudicii* zugelassen wurde.

Es ist ferner möglich, daß ein Erbprätendentenstreit schwebt. Die Meinungen sind für diesen Fall geteilt. Nach Dernburg[3]) soll beiden Erbprätendenten Klagebefugnis

---

mir hervorzugehen, daß die Einfügung derselben in die Formel *post litem contestatam* eine *restitutio in integrum* nicht erfordert haben kann. Eine solche ist bekanntlich notwendig, wenn nach der Streitbefestigung eine *exceptio* in die Formel gesetzt werden soll. Gai. IV 125, C (7, 50) 2. Vgl. Keller-Wach, § 68 i. f.; Rudorff, R. G. II S. 248; Lenel, Exceptionen S. 61 ff.; Wenger, Art. exceptio bei Pauly-Wissowa, Sep. Abdruck S. 7.

[1]) Dafür Sperl, a. a. O. S. 30.

[2]) Dieselben Schwierigkeiten begegnen bei den *formulae in factum*. Wurde z. B. bei der *translatio iudicii* auf den Erben des Klägers folgende Formel der *actio depositi* (Gai. IV 47) gegeben: *S. p. A^{m} A^{m} apud N^{m} N^{m} mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^{i} N^{i} L. Titio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^{m} N^{m} L. Titio c. s. n. p. a.* (Vgl. Sperl, a. a. O. S. 38), so war aus derselben gleichfalls nicht ersichtlich, daß die deponierte Sache dem L. Titius in seiner Eigenschaft als Erbe zurückgegeben werden solle.

[3]) Pand. III § 174 i. f., hereditatis petitio S. 115 ff.

gegen den Erbschaftsschuldner zukommen. Windscheid[1]) mit Berufung auf fr. 49 D (5, 3) Papinian. l. 3 quaest.[2]) will sie nur dem gutgläubigen Besitzer der Erbschaft, wenn Gefahr im Verzuge, sowie dem Erbschaftskläger bei dinglichen Klagen zugestanden wissen. Indessen ist gerade fr. 49 cit. für diese Frage unergiebig. Papinian beschäftigt sich, wie die Zusammenstellung bei Lenel, Paling. zu Pap. fr. 96—100 lehrt, gar nicht ex professo mit der Frage, wer von beiden Erbschaftsprätendenten zur Klage gegen den Erbschaftsschuldner legitimiert sei, sondern er untersucht vielmehr, ob *restitutio in integrum* zu gewähren sei, wenn zum Nachlaß gehörige Forderungen und Klagen durch Verjährung untergegangen sind. Es spielt hiebei anscheinend der Gesichtspunkt herein, ob der Erbschaftsbesitzer nicht haftbar sei, wenn er die Anstellung der Klage unterlasse und in dieser Richtung scheint Papinian einen Unterschied zwischen *bonae* und *malae fidei possessor* zu machen. Allerdings scheint Papinian die Klagebefugnis des Erbschaftsklägers nur auf dingliche Klagen einschränken zu wollen. Wie diese Bemerkung des Juristen zu erklären ist, bleibt dunkel. Ein rationeller Grund für die verschiedene Behandlung dinglicher und obligatorischer Klagen läßt sich, wie schon

---

[1]) Pand.[8] III S. 527 N. 7.

[2]) *Si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis aut qui res hereditarias occupaverint consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit: quid enim si possessor hereditatis neglegat? quid si nihil iuris habere se sciat?*

Vangerow[1]) hervorhebt, nicht ausfindig machen, um so mehr als nach anderen Stellen[2]) der *petitor hereditatis* auch zur Anstellung obligatorischer Klagen befugt erscheint. Man muß indessen auch bedenken, daß die Kompilatoren das Fragment ersichtlich nur in stark gekürzter Form aufgenommen haben[3]) und es ist daher immerhin mißlich, sich angesichts unbedenklicher Quellenzeugnisse, wie namentlich fr. 1, 37 D (16, 3), welches beide Erbschaftsprätendenten zur Klage gegen den Erbschaftsschuldner zuläßt, auf diese Stelle stützen zu wollen. Ich glaube daher, mich der Meinung Dernburgs anschließen zu müssen.

Begehrten daher beide Erbschaftsprätendenten Translation des *iudicium*, so mußte der beklagte Erbschaftsschuldner vor der Gefahr doppelter Verurteilung geschützt werden. Dies geschah in der Weise, daß der Prätor nur denjenigen der beiden Prätendenten zur *translatio iudicii* zuließ, der Kaution für den Fall leistete, daß die *hereditatis petitio* den Mangel seines Erbrechts ergeben sollte.[4])

---

[1]) Pandekten[7] II S. 354.

[2]) D (16, 3) 1, 37, D (5, 3) 42.

[3]) So auch Arndts in Weiskes Rechtslexikon V S. 238.

[4]) D (16, 3) 1, 37 Ulp. l. 30 ad ed.: *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, [hoc est eum qui depositum suscepit*, Gloss. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 896 N. 1]: *quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere* rell. Denkbar wäre es, daß der Prätor solange keine *translatio iudicii* bewilligte, als

Dies führt uns auf die Frage, wie sich die Rechtslage gestaltete, wenn ein falscher Erbprätendent *translatio iudicii* und Urteil erwirkt hatte. Nachträglich wurde in der *hereditatis petitio* das Erbrecht des wahren Erben festgestellt. In einem solchen Falle war natürlich das zugunsten des falschen *heres* ergangene Urteil für den wahren Erben ganz bedeutungslos. Für ihn lag die Sache so, als ob noch gar keine *translatio iudicii* stattgefunden hätte. Er konnte daher, wenn inzwischen das *iudicium* noch nicht erloschen war, Prozeßtranslation auf sich verlangen.[1] Das zugunsten des Pseudoerben ergangene Urteil war jedenfalls nichtig. Denn es war zugunsten einer Person gefällt, die gar nicht Prozeßsubjekt war. Hatte der Schuldner in Unkenntnis der Nichtigkeit des Urteils dasselbe bereits erfüllt, so wird er *in duplum* haben revozieren können.[2]) anderenfalls wird die Infitiation gegenüber der *actio iudicati*, wenn nicht schon der Prätor dieselbe denegierte, von Erfolg begleitet gewesen sein. Hatte allerdings der wahre Erbe schon mittels der *hereditatis petitio* Befriedigung

über die *hereditatis petitio* nicht entschieden war. Doch mußte sich dieser Ausweg als unangebracht erweisen, wenn das *iudicium* knapp vor der Verjährung stand.

[1] So auch Sperl, a. a. O. S. 32, 33. Der Geschworene im *translatum iudicium* hatte dann über die bereits durch rechtskräftiges Urteil im Erbschaftsstreit erledigte Frage des Erbrechts gar nicht mehr zu erkennen; denn das Urteil im Prätendentenstreit schafft Rechtskraft für und gegen den Erbschaftsschuldner. Vgl. Wach, Handbuch des Z. P. S. 629; Mendelssohn, Grenzen der Rechtskraft S. 352.

[2]) Vgl. Schwalbach, Z. R. G. 20 S. 118 ff.

erlangt, indem ihm der Pseudoerbe das vom Erbschaftsschuldner beigetriebene herausgegeben hatte, so wird der letztere dies mit Erfolg geltend machen und nach dem Grundsatze *omnia iudicia absolutoria* Freisprechung haben verlangen können, wenn nicht schon der Prätor unter solchen Umständen die *translatio iudicii* verweigerte.[1])

B. Sukzession auf der Beklagtenseite.

Hier ist zunächst der Fall denkbar, daß der Kläger Erbe des Beklagten zu sein behauptet und ihm dieses Erbrecht bestritten wird. Dann gilt mutatis mutandis das oben[2]) zu fr. 32, 10 D (4, 8) Bemerkte. Zu einer *translatio iudicii* kann es solange nicht kommen, als die Erbrechtsfrage in der *hereditatis petitio* nicht erledigt ist. Siegt der Kläger, so wird die *translatio iudicii* gegenstandslos, weil die Prozeßobligation als durch Konfusion erloschen gilt, unterliegt er, so kann das Translationsverfahren seinen Fortgang nehmen. Was die übrigen hieher gehörigen Möglichkeiten anbelangt, so kann es m. E. nicht zweifelhaft sein, daß die Grundsätze, welche für die primäre Belangung des Erben seitens der Nachlaßgläubiger gelten, entsprechende Anwendung finden müssen. Ich denke hiebei vor allem an die *interrogationes in iure.* Quellenbelege für diese Behauptung vermag ich allerdings nicht beizubringen. Doch ergibt sich die Richtigkeit derselben schon aus der Erwägung, daß die erfolgte Streitbefestigung die rechtliche Situation des Klägers nicht verschlechtern

[1]) Vgl. D (5, 3) 16, 2; 25 §§ 17, 18; 31, 5, D (46, 3) 34, 9; 61, Leinweber, hereditatis petitio S. 85, 86.

[2]) S. 278, 279.

dürfe, ein Grundsatz, der in den Quellen mehrfach ausgesprochen ist.[1]) Das träfe jedoch zu, wenn dem Kläger bei der *translatio iudicii* die Möglichkeit der Erbenbefragung verschlossen wäre.

Praktisch kommt übrigens nur die *interrogatio an heres sit* und nicht die Befragung über die Erbquote in Betracht. Denn sind mehrere Erben vorhanden, so braucht sich, wie schon hervorgehoben wurde, der Kläger Teilung der Klage nicht gefallen zu lassen. Er hat vielmehr Anspruch auf Defension *in solidum* durch sämtliche Erben, denen es nur freisteht, einen gemeinsamen Kognitor zur Prozeßführung zu bestellen.[2])

Bezüglich der Einzelheiten des Verfahrens ist es freilich bei dem völligen Mangel an Quellenzeugnissen unmöglich, zu sicheren Ergebnissen zu gelangen. Doch lassen sich wenigstens die Hauptpunkte bei entsprechender Verwertung der für die Klagserhebung gegen den Erben geltenden Grundsätze mit einiger Wahrscheinlichkeit feststellen.

1. Es war zunächst nicht Sache des Klägers sich zu bekümmern, ob ein Erbe des Beklagten vorhanden sei. Er konnte vielmehr vom Prätor *missio in bona defuncti* verlangen. Sache des Erben und der sonstigen Interessenten war es, dieselbe durch gehörige Defension abzuwenden. Das Verfahren vollzog sich wohl in analoger Weise wie bei der *missio in bona pupilli*,[3]) indem der Prätor die

[1]) D (46, 2) 29, D (50, 17) 87.

[2]) Vgl. oben S. 264 ff. und die daselbst angeführten Belege.

[3]) D (42, 4) 5, 1, Demelius, Confessio S. 259 N. 1.

Interessenten vorlud und zur Defension aufforderte. Blieb diese Aufforderung erfolglos, so kam es zur *missio in bona defuncti* und zum Vermögensverkauf.

Der Kläger konnte aber auch von vornherein seinen Angriff gegen den Erben selbst richten, d. h. *translatio iudicii* auf eine bestimmte Person, die er als Erbe bezeichnete, verlangen. In diesem Fall war es seine Sache, den Erben vor das Tribunal des Prätors zu bringen. Erschien der Erbe nicht und trat kein Defensor auf oder leistete er zwar Gerichtsfolge, verweigerte aber *in iure* grundlos die Translation, so war er indefens und der Prätor mußte *missio in bona (heredis) indefensi* bewilligen.

Trat für den Erben ein Defensor auf, so richtete sich die *interrogatio an heres sit* an ihn. Er mußte darauf reagieren, wenn er zur Defension zugelassen werden wollte.[1]) Fiel die Antwort des Defensors bejahend aus, so erteilte der Prätor eine *formula interrogatoria.*[2]) Hier entsteht jedoch eine Schwierigkeit. Die Prozeßübernahme durch den Defensor konnte sich, soviel ich sehe, nur nach den Regeln der prokuratorischen Translation vollziehen und hätte daher eine *restitutio in integrum* erfordert. Denn es sukzediert wohl der Erbe in die Prozeßobligation, nicht aber der Defensor. Eine solche *restitutio in integrum* war aber bedenklich, wenn Umfang, ja selbst Bestehen des Klagsanspruchs von der mit dem Erblasser

---

[1]) Vgl. D (11, 1) 9, 4, D (3, 3) 39 pr.

[2]) Vgl. Demelius, Confessio S. 284 N. 1.

vollzogenen Litiskontestation abhing. Man denke z. B. an passiv unvererbliche Klagen, die erst mit der Streitbefestigung transmissibel wurden.[1]) Ich weiß hier keinen Ausweg.[2])

Verneinte der Defensor die an ihn gerichtete *interrogatio*, so konnte der Kläger entweder *missio in bona defuncti* oder, wenn er gleichwohl den Beweis des Erbrechts erbringen wollte, Erteilung der gewöhnlichen Formel gegen den Defensor verlangen.

2. Erschien hingegen der Erbe, so sind verschiedene Möglichkeiten denkbar.

---

[1]) Dieselben Schwierigkeiten bietet auch der analoge Fall, daß die Bürgen der *cautio iudicatum solvi* oder der *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* für den *reus* nach der Litiskontestation die Defension übernahmen. D (3, 3) 42, 7. Doch ist hier zu erwägen, daß die Kautionsbürgen zu den in der Stipulation *enumeratae personae* gehörten, d. h. sie waren in der Defensionsklausel der *cautio* als besonders zur Verteidigung berufene Personen genannt. (Vgl. D (46, 7) 5, 3 und Lenel, l'Édit II S. 273, 274.) Sie brauchten demgemäß auch nicht wie der gewöhnliche Defensor *iudicatum solvi* zu kavieren, falls sie die Defension übernahmen. Arg. D (46, 7) 5, 3. Wäre es daher nicht denkbar, daß die Kautionsbürgen kraft ihrer besonderen Legitimation zur Defension des *reus* den Prozeß, falls sie erst *post litem contestatam* eintraten, nach den Grundsätzen der kognitorischen Translation übernahmen? Vgl. allerdings D (46, 7) 5, 4. Zu den *enumeratae personae* gehörte ja außer ihnen noch der Erbe und der Kognitor! Lenel, l. c.

[2]) Denkbar wäre es, daß sich der Kläger mit der vom Defensor zu leistenden *cautio iudicatum solvi* begnügen und sich Aufschub des Prozesses bis zum Eintreffen des Erben gefallen lassen mußte. Wie aber dann wenn der Prozeß zu verjähren drohte?

a) Er bejahte die *interrogatio an heres sit.* Der Prätor erteilte dann eine *formula interrogatoria.* Wie dieselbe ausgesehen habe, darüber sind selbstverständlich nur Vermutungen möglich. Die interrogatorische Formel verfolgte bekanntlich den Zweck, für den Geschworenen die Kognition über die Erbrechtsfrage auszuschalten. Dieser Zweck wurde durch eine transpositizisch gestaltete Translationsformel, deren *intentio* auf den Erblasser lautete, an sich erreicht. Denn bei dieser Gestaltung der Formel hatte der Geschworene keine Handhabe, auch die Erbrechtsfrage zu untersuchen.[1]) Anders, wenn die *intentio* der Translationsformel auf den Erben gestellt war. Hier war eine Formel erforderlich, welche der bejahenden *responsio* des Erben Erwähnung tat, ebenso wie es notwendig war, dem Geschworenen aus der Formel ersichtlich zu machen, daß bereits mit dem Erblasser *lis* kontestiert worden war.

Einfacher gestaltete sich die Formelfassung, wenn der Beklagte *bonorum possessor* und die Erteilung der *bonorum possessio* außer Streit war. War die Formel mit subjektiver Umstellung gefaßt, so genügte dieselbe Formel

---

[1]) Ebenso wohl auch bei *formulae in factum.* Also z. B. bei der *actio depositi: S. p. A^{m} A^{m} apud N^{m} N^{m} mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^{i} N^{i} A^{o} A^{o} redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex L. Titium A^{o} A^{o} c. s. n. p. a.* Dazu noch ein Zusatz, welcher der mit dem Erblasser vollzogenen Streitbefestigung Erwähnung tat, vielleicht eine *praescriptio.* Vgl. Sperl, S. 39, 40. Appleton, le fragment d'Este S. 26. A. M. Demelius, Confessio S. 283.

wie beim *heres*. Lautete dagegen die *intentio* auf den Namen des *bonorum possessor*, so müssen wir uns die Translationsformel etwa folgendermaßen vorstellen:[1]) *Si L. Titius N° N° heres esset, tum si pareret L. Titium A° A° HS X milia dare oportere* und dazu noch eine Klausel *(praescriptio?)*, welche der erfolgten *translatio iudicii* Erwähnung tat.

b) Hatte der Erbe auf die *interrogatio* verneinend geantwortet, so konnte der Kläger *missio in bona defuncti* begehren, wenn er es nicht vorzog, den Prozeß gegen den leugnenden Erben aufzunehmen und dessen Erbrecht darzutun. Wählte er den letzteren Weg, so ist bezüglich der Gestaltung der Translationsformel wieder zu unterscheiden. War die Formel transpositizisch gefaßt, so bedurfte es einer besonderen Klausel, welche dem *iudex* die Kognition über das Erbrecht auftrug. In welcher Weise dies geschah, muß allerdings dahingestellt bleiben.[2]) Lautete dagegen die *intentio* auf den Namen des Erben, so war damit eo ipso die Erbrechtsfrage dem Geschworenen zur Untersuchung und Entscheidung überwiesen.[3]) Denn er konnte ein *L. Titium dare oportere* nur bejahen, wenn L. Titius Erbe war. Erforderlich war ferner ein Zusatz zur Formel *(praescriptio?)*, welcher den Geschworenen von der *translatio iudicii* verständigte.

Stand dagegen nur prätorisches und nicht ziviles Erbrecht zur Frage, so war bei der einen wie bei der

[1]) Vgl. Gai. IV 34.

[2]) Vgl. oben S. 281. Dasselbe gilt bezüglich der *in factum* konzipierten Formeln. Vgl. Demelius, a. a. O. S. 283.

[3]) Vgl. auch Demelius, a. a. O. S. 288.

anderen Formelfassung die Einschaltung einer *exceptio* in die Formel erforderlich, in welcher dem Geschworenen die Frage, ob dem Beklagten die *bonorum possessio* erteilt worden sei, zur Untersuchung und Entscheidung überwiesen wurde.[1])

Zum Schlusse sei noch der Möglichkeit gedacht, daß die *translatio iudicii* auf einen Pseudoerben erfolgte. Es entsteht hiebei die Frage, ob und inwieferne die Prozeßtranslation auf den falschen Erben dem wahren Erben präjudiziert. Quellen fehlen; doch kann man wenigstens feststellen, wie sich die Sache bei primärer Belangung des Erben verhielt. Hier ergeben nun fr. 18 D (11, 1) Julian. und fr. 20 pr. D (11, 1) Paul. übereinstimmend,[2]) daß nur in Defensionsabsicht[3]) erfolgende Prozeßübernahme seitens desjenigen, welcher auf die *interrogatio an heres sit* sich fälschlich als Erben bekennt,[4]) den wahren Erben liberiert.[5]) Dasselbe wird wohl auch für

---

[1]) Vgl. Lenel, l'Édit I S. 208.

[2]) A. M. Demelius, a. a. O. S. 283—285. Ich folge der Darstellung Lenels, Z. R. G. 33 S. 1, 2, l'Édit I S. 166.

[3]) Ausdrücklich ausgesprochen in fr. 20 pr. cit. In fr. 18 cit. hat der Teilerbe sich fälschlich als Alleinerben bekannt, *ut satisdationis onus evitare possit*, d. h. um der *cautio iudicatum solvi* zu entgehen, die er sonst als Defensor hätte leisten müssen.

[4]) Darin lag freilich eine nicht unbedenkliche Überspannung des Defensionsprinzips. Denn der Defensor konnte sich auf diese Weise der *cautio iudicatum solvi* entziehen. Allerdings wurde in berücksichtigungswerten Fällen *restitutio in integrum* gewährt. Vgl. fr. 18 cit.

[5]) Allerdings tritt nach fr. 18 die Befreiung des Erben *ipso iure*, nach fr. 20 pr. erst *ope exceptionis* ein. Doch ist fr. 20 pr., wie Lenel,

den Fall der *translatio iudicii* anzunehmen sein.[1]) Hiebei kommt noch folgende Erwägung in Betracht: Der Pseudoheres tritt ja nicht auf Grund neuer Litiskontestation in den Prozeß, sondern als Rechtsnachfolger des Erblassers. Da er in der Tat nicht Erbe ist, so kann er daher auch nicht sukzedieren und Prozeßsubjekt werden. Es kann daher mindestens als fraglich bezeichnet werden, ob das gegen den falschen Erben ergangene Urteil giltig war. Aus diesem Grunde ist es mir auch zweifelhaft, ob der Erbe befreit wurde, wenn ein Dritter in Defensionsabsicht sich auf die *interrogatio an heres sit* als Erbe bekannte und *translatio iudicii* auf sich erwirkte. Denn er übernimmt den Prozeß formell doch nur als Universalsukzessor des Erblassers ohne neuerliche Streitbefestigung und kann daher nicht Prozeßsubjekt werden. Wäre er auch äußerlich als Defensor aufgetreten, so hätte die *translatio iudicii* auf

---

Z. R. G. 33 S. 2 N. 1 bemerkt, nicht unverdächtig. Die Klage gegen den wahren Erben soll durch *exceptio in factum* zurückgeschlagen werden, *quia ille* (Defensor) *negotiorum vel mandati actione recepturus est quod praestitit.* Demnach soll nicht einmal Zahlung des Defensors den Erben *ipso iure* befreien. Wie ferner dann, wenn der Defensor *animo donandi* gezahlt und daher keinen Regreß hat? Den Kläger geht doch das interne Verhältnis zwischen Defensor und Prinzipal gar nichts an. Man sollte eher erwarten, daß Paulus, der doch die Frage untersucht, ob die *conventio*, d. h. die Litiskontestation mit dem Pseudoerben den wahren Erben befreit, von der Konsumtion *ipso iure* beziehungsweise *ope exceptionis rei in iudicium deductae vel iudicatae* handelte.

[1]) A. M. Sperl, S. 33, der den falschen Erben, auf den das *iudicium* übertragen wird, stets als Defensor aufgefaßt sehen will.

ihn eine *restitutio in integrum* und eine neue Litiskontestation erfordert. Doch ist dieser Punkt sehr zweifelhaft[1]) und ich vermag daher nur für den Fall der *translatio iudicii* auf den Pseudoerben mit einiger Sicherheit die Behauptung aufzustellen, daß hier eine Befreiung des wahren Erben nicht eintrat. Der Kläger konnte vielmehr, wenn er vom Pseudoerben nicht Befriedigung erlangt hatte, Prozeßtranslation auf den wahren Erben begehren, insoferne das *iudicium* noch nicht verjährt war. In diesem Falle wird der Prätor wohl Restitution gewährt haben.

§ 4.

Interessant und schwierig ist der in fr. 33 D (46, 1) überlieferte Translationsfall, den ich an dieser Stelle erörtern möchte, weil er mit der bisher besprochenen *translatio iudicii* auf den Erben im Zusammenhang steht. Die Stelle ist leider sehr stark interpoliert und der Herstellung des echten Wortlautes stellen sich erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Das Fragment stammt aus Ulpian l. 77 ad edictum und lautet:

> *Si eum hominem, quem a Titio petieram, pro quo satis de lite acceperam, Titius liberum heredemque reliquerit: si quidem re vera ipsius fuit, dicendum est iudicium in eum transferri et, si non patiatur id fieri, committi stipulationem: si autem meus petitoris fuit. neque iussu meo hereditatem adierit, fideiussores*

[1]) Vgl. auch das oben S. 287, 288 Ausgeführte.

tenebuntur ob rem non defensam: si autem adierit me iubente, stipulatio evanescit. plane si meus fuerit et idcirco differam aditionem, ut, cum vicero, tunc eum iubeam adire et interim ob rem non defensam agere velim, non committitur stipulatio, quia vir bonus non arbitraretur.

Ulpian handelt, wie Lenel[1]) überzeugend nachgewiesen hat, im 77. Buch seines Ediktskommentars von der *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, während die *cautio iudicatum solvi* erst im 78. Buch erläutert wird. Die erstere haben die Kompilatoren bekanntlich weginterpoliert. Demnach darf sicher als interpoliert gelten: *pro quo satis de lite acceperam* für *pro quo satis pro praede litis et vindiciarum acceperam* und *fideiussores* für *sponsores.*[2])

Ulpian erörtert an einem Beispiel die Frage nach dem Verfall der Stipulation aus der Klausel *ob rem non defensam.*[3]) Der Fall, den Ulpian seinen Ausführungen zugrunde legt, ist folgender: Der Besitzer eines Sklaven ist vom Eigentümer auf Herausgabe desselben belangt worden und hat bereits die *satisdatio p. p. l. e. v.* geleistet.[4]) Bevor noch das Urteil ergeht, stirbt der Beklagte und hinterläßt den streitigen Sklaven *cum libertate* als

[1]) l'Édit II S. 267 = E. P. S. 409. Vgl. aber auch Karlowa, R. G. II S. 441 N. 2.

[2]) So Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1706 N. 4 und 6.

[3]) So hieß die Klausel technisch und nicht *de re defendenda* wie bei der *cautio iudicatum solvi.* Lenel, l'Édit II S. 273.

[4]) Es handelt sich um Sponsionsprozeß.

Alleinerben. Wäre eine andere Person als Erbe eingesetzt, so würde der Prozeß auf sie kraft Erbrechts übergehen. In unserem Falle ist aber der Erbe zugleich *res litigiosa* des Eigentumsprozesses. Daraus folgt, daß behufs Entscheidung der Eigentumsfrage im Prozeßwege ein Assertor für ihn auftreten muß. Diesen Assertor haben nun die Kompilatoren weginterpoliert und daraus ist die unklare Fassung des Fragmentes entstanden.

Vor allem ist der Satz „*si quidem re vera ipsius fuit*" zu beanstanden. In wessen Eigentum der Sklave steht, ist ja noch ungewiß und soll erst im Prozesse entschieden werden. Der Jurist konnte unmöglich diese Frage schon als erledigt voraussetzen und dann erst behaupten, es müsse *translatio iudicii* stattfinden. Denn im transferierten Prozeß soll erst über die Eigentumsfrage entschieden werden. Man beachte ferner die die Hand der Kompilatoren verratende Satzverbindung: *si quidem ipsius fuit — si autem meus fuit* und dann noch einmal *si autem adierit.*[1])

Bis zu diesem Punkte stimme ich mit Lenel vollkommen überein. Bezüglich der weiteren Rekonstruktion der Stelle hingegen kann ich Lenels Vorschläge nicht ganz billigen. Nach Lenel[2]) soll Ulpian geschrieben haben:

> *Si . . . reliquerit, dicendum est iudicium in eum transferri, qui adsertionem suscipere paratus erit, et, si non patiatur id fieri neque iussu meo hereditatem adierit, sponsores tenebuntur* rell.

---

[1]) Vgl. Eisele, Z. R. G. 20 S. 20.

[2]) Pal. zu Ulp. fr. 1706 N. 7.

Lenel streicht also außer dem Satz *si quidem re vera ipsius fuit*, den auch ich für interpoliert halte, noch die beiden Sätze: *committi stipulationem* und *si autem meus petitoris fuit*. Ich möchte dem gegenüber *committi stipulationem* für echt halten. Einmal fügt sich dieser accusativus cum infinitivo vortrefflich an das *dicendum est* an, während nach der Lenelschen Rekonstruktion der Jurist den accusativus cum infinitivo aufgäbe und mit den Worten *sponsores tenebuntur* wieder zur direkten Rede überginge. Ferner ist nach Lenels Lesung die Stelle auch noch in anderer Beziehung grammatisch nicht einwandfrei. Wenn nämlich Lenel liest: *et si non patiatur id fieri neque adierit*, so ist als Subjekt zu *patiatur* offenbar *adsertor* zu denken, während sich *adierit* nur auf den Sklaven beziehen kann. Man müßte also lesen: *et si non patiatur id fieri neque servus . . . adierit*. Dazu liegt aber m. E. kein Anlaß vor. Ganz geschlossen ist dagegen der Satzbau, wenn man etwa folgendermaßen liest: *Si . . . reliquerit, dicendum est iudicium in adsertorem*[1]) *transferri et, si non patiatur id fieri, committi stipulationem.*

Im folgenden beginnt ein neuer Gedanke. Halten wir jedoch, bevor wir in der Kritik der Stelle weiterfahren, einen Augenblick inne und versuchen wir den Inhalt des Fragmentes, soweit wir es bisher wiederherzustellen unternahmen, festzustellen. Dem Juristen ist es, wie bemerkt, um die Frage nach dem Verfall der *stipu-*

[1]) So möchte ich lesen und nicht wie Lenel: *in eum transferri, qui adsertionem suscipere paratus erit, et, si non patiatur id fieri.* Dieser Punkt ist übrigens ganz nebensächlich.

latio p. p. l. e. v. aus der Klausel *ob rem non defensam* zu tun. Stirbt der beklagte Besitzer des Sklaven mit Hinterlassung desselben als Erben, so sollte eigentlich der Prozeß auf ihn als Erben übergehen. Da er aber nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann, so bedarf es eines Assertors, der für ihn den Prozeß übernimmt. Findet sich ein solcher, so geht der Prozeß gegen ihn als *vindicatio in servitutem* weiter. Tritt hingegen kein Assertor für den Sklaven auf, der in die *translatio iudicii* willigt, so ist nicht defendiert und es verfällt daher die Stipulation. Hiemit scheint die ganze Frage erledigt. Indessen ist doch noch folgende Möglichkeit in Betracht zu ziehen: Wenn ein *in possessione libertatis* sich befindender Mensch *in servitutem* vindiziert wird und es findet sich kein Assertor, der für ihn den Prozeß übernimmt, so kann ihn der Kläger als seinen Sklaven duzieren. Wenn nun in unserem Falle der Kläger, weil kein Assertor für den Sklaven auftritt, denselben duziert, wie steht es dann mit der Haftung der Sponsoren? Ich glaube, daß sich der Jurist in seinen weiteren Ausführungen gerade mit dieser Frage beschäftigte. Ulpian fährt fort: *si autem meus petitoris fuit neque iussu meo hereditatem adierit, sponsores* (D: fideiussores) *tenebuntur ob rem non defensam: si autem adierit me iubente, stipulatio evanescit.* Es leuchtet zunächst ein, daß der Satz *si autem meus petitoris fuit* nicht von Ulpian sein kann.[1]) Dieselben Gründe, die oben für die Unechtheit des Satzes

[1]) *Si autem meus petitoris fuit* haben wohl auch die Kompilatoren nicht geschrieben. *Petitoris* dürfte ein späteres Glossem sein.

si quidem re vera ipsius fuit geltend gemacht wurden, sprechen auch hier mit. Man beachte ferner den Wechsel des Modus: *si . . . fuit neque . . . adierit!* Was an Stelle des interpolierten Satzes gestanden, läßt sich wie bei den meisten Interpolationen kaum mit Bestimmtheit sagen. Den Satz ganz wegzustreichen, ohne etwas an dessen Stelle zu setzen, geht indessen keinesfalls an. Denn der unzweifelhaft echte Satz *neque iussu meo adierit* fordert unbedingt eine Anknüpfung. Ich möchte daher doch eine Konjektur vorschlagen, die sich m. E. sprachlich und sachlich begründen läßt. Wie schon erwähnt, ist der Fall denkbar, daß der Kläger den Sklaven, weil sich kein Assertor fand, duzierte. Wenn nun Ulpian diese Möglichkeit erwähnt und demnach etwa geschrieben haben sollte: *et si a me ductus fuerit neque iussu meo adierit*,[1]) so mußten die Kompilatoren den Satz *et si ductus fuerit* streichen. Denn seit Aufhebung des Instituts der Assertio durch Justinian[2]) mußte auch das Recht des Klägers, den Sklaven wegen fehlender *assertio* zu duzieren in Wegfall kommen.[3]) Auf diese Weise erklärt sich auch die

[1]) Die Ergänzung ist selbstverständlich nur eine sinngemäße.

[2]) C (7, 17) 1.

[3]) Da Ulpian zuerst ausführt, daß *translatio iudicii* auf einen Assertor stattfinden müsse und, wenn dies nicht möglich sei, wegen Nichtdefension die Stipulation verfalle, welchen Ausführungen die Annahme zugrunde liegt, daß das Eigentum des Klägers an dem Sklaven von diesem bestritten wurde, so könnte man vermuten, daß Ulpian im weiteren Verlaufe seiner Erörterungen den konträren Fall behandelte, daß der Sklave das Eigentum des Klägers gar nicht in Frage stellte. Demnach müßte an Stelle des interpolierten

Interpolierung des Satzes *si autem meus fuit.* Der Satz *si ductus fuerit* mußte durch eine vom Standpunkt des justinianischen Rechtes farblose Wendung ersetzt werden. Dazu schien aber der Satz *si meus fuit* geeignet. Denn bei oberflächlicher Betrachtung der Dinge schien es auf dasselbe hinauszukommen, ob der Sklave duziert wurde, weil sich kein Assertor für ihn fand, oder weil der Kläger im Eigentumsstreite obsiegte.[1]) Mit der Interpolierung dieses Satzes war aber zugleich ein Gegensatz in die Stelle hineingetragen. Denn wenn der Jurist einmal den Fall ins Auge faßte, daß der Sklave dem Kläger gehöre, so mußte sich sofort die Frage ergeben: wie dann, wenn der Sklave im Eigentum des Erblassers gestanden hatte? Diese Möglichkeit mußte, um äußerlich der Stelle eine konzinne Fassung zu geben, berücksichtigt werden. Dazu boten nun die Anfangsworte des Fragmentes Anlaß. Dort sprach Ulpian vom Auftreten eines Assertors. Da war natürlich von Duktion des Sklaven keine Rede und damit Gelegenheit geboten, den geforderten Gegenfall durch Interpolierung des *si quidem re vera ipsius fuit* hinein-

---

Satzes etwa gestanden haben *et si dicat* (servus) *se meum esse* oder etwas ähnliches. Sachlich wäre bei dieser Konjektur das Resultat dasselbe. Ich ziehe aber den im Text gemachten Vorschlag vor. Denn einen Satz wie *si dicat se meum esse* zu streichen, hätten die Kompilatoren schwerlich Anlaß gehabt, während sie einen Satz, welcher der Duktion des Sklaven Erwähnung tat, von ihrem Standpunkte aus beanstanden mußten.

[1]) Vgl. D (40, 12) 36 Papinian.: *Dominus qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur.*

zuschmuggeln. So hatte das Fragment wenigstens äußerlich eine geschlossene Stilisierung erlangt.[1])

Wir haben jetzt nur noch zu prüfen, ob die Stelle nach unseren Konjekturen auch sachlich zu befriedigenden Ergebnissen führt. Ulpian hätte also geschrieben:

> *et si ductus fuerit a me, quia adsertor non extitit, neque iussu meo hereditatem adierit, sponsores tenebuntur ob rem non defensam: si autem adierit me iubente stipulatio evanescit.*

Demnach sollen die Sponsoren *ob rem non defensam* haften, wenn der duzierte Sklave sich weigert, *iussu domini* die Erbschaft anzutreten.[2]) Diese Entscheidung ist befremdlich. Die Bürgen der *satisdatio p. p. l. c. v.* sollen durch ihre Haftung dem Kläger den vollen Prozeßerfolg verschaffen. Dieser erscheint aber mit der Duktion des Sklaven erreicht und daß die Bürgen auch noch dafür haften sollen, daß der Kläger durch den Sklaven auch die dem letzteren zugefallene Erbschaft erlange, ist schwer zu begreifen. Und doch ist die Entscheidung Ulpians vollkommen gerechtfertigt. Der Kläger will den Sklaven haben, er will ihn aber haben sicher vor allen Angriffen des Beklagten beziehungsweise dessen Sukzessoren. Diese Sicher-

---

[1]) Dieses Bestreben der Kompilatoren zu vervollständigen und zu ergänzen hat Erman, Annales de l'univ. de Lyon 1903 S. 234 N. 3 neuestens treffend „Kompletomanie" genannt.

[2]) Eine *aditio hereditatis* ist erforderlich, da der Sklave infolge der Duktion aufgehört hat, als Sklave des Erblassers zu gelten und daher nicht mehr, wie der *cum libertate* instituierte Sklave *heres necessarius* ist.

heit ist aber mit der bloßen Duktion noch nicht erreicht. Denn weigert sich der Sklave, die Erbschaft anzutreten, so ist dieselbe erblos und es kommt zur *bonorum venditio mortui*. Der den Nachlaß als Universalsukzessor erwerbende *bonorum emptor* ist aber durch nichts gehindert, mit der *rei vindicatio* den Sklaven als zum Nachlaß gehörig zu beanspruchen. Eine solche Klage ist natürlich ausgeschlossen, wenn der Sklave *iussu domini* die Erbschaft antritt. Ebenso aber dann, wenn dem Kläger im Prozesse mit dem Assertor das Eigentum am Sklaven durch Urteil zuerkannt worden ist. Denn das gegen den Assertor ergehende Urteil muß Rechtskraft schaffen gegen den *bonorum emptor*. Ob nun der Sklave die Erbschaft antreten will oder nicht, ist eine interne Angelegenheit zwischen ihm und seinem Herrn. Die Sponsoren geht diese Sache nichts mehr an.

Wir sind jetzt auch imstande, den letzten Satz unseres Fragmentes befriedigend zu erklären. Ulpian sagt:

> *plane si meus fuerit et idcirco differam aditionem, ut, cum vicero, tunc eum iubeam adire et interim ob rem non defensam agere velim, non committitur stipulatio, quia vir bonus non arbitraretur.*

Aus den bereits mehrfach hervorgehobenen Gründen wird man auch hier den Satz *plane si meus fuerit* beanstanden müssen. Ulpian hat von der Duktion des Sklaven gesprochen. Der Fall ist dann folgender: Der Sklave ist vom Kläger duziert worden, weil sich kein Assertor fand. Obwohl nun der Sklave bereit ist, die Erbschaft anzutreten, hält der Herr mit dem *iussus* zurück und belangt

die Bürgen wegen Nichtdefension. Siegt er in diesem Prozesse und tritt nun der Sklave *iussu domini* die Erbschaft an, so bekäme der Kläger den Sklaven, die Erbschaft und noch das Defensionsinteresse von den Bürgen. Eine solche Spekulation erklärt der Jurist dem *arbitratus boni viri*, der für die Defensionspflicht maßgebend ist, zuwiderlaufend. Die Stipulation verfällt daher nicht.[1])

Wir sind nun endlich soweit, um an die Erörterung des in fr. 33 cit. überlieferten Translationsfalles herantreten zu können. Wenn wir nun die juristische Gestaltung desselben ergründen wollen, so haben wir uns, wie bei allen Prozeßtranslationen, die Frage vorzulegen, ob der transferierte Prozeß ein *novum iudicium* sei oder nicht, mit andern Worten, ob der Prozeßnachfolger ein neues Prozeßverhältnis begründe oder in ein bereits bestehendes sukzediere. Was nun den vorliegenden Fall anbelangt, so scheinen mir erhebliche Gründe für die Identität des alten und des transferierten *iudicium* zu sprechen.

1. Vor allem ist zu betonen, daß in beiden Prozessen *eadem quaestio* vorliegt. Der Prozeß gegen den Assertor ist allerdings eine *vindicatio in servitutem*. Allein gestritten wird in ihr wie im Prozesse gegen den Erblasser ausschließlich um das Eigentum am Sklaven. Denn die Giltigkeit des Testaments ist außer Frage. Indessen be-

[1]) Es mag dahingestellt bleiben, ob die Kompilatoren außer dem Satze *plane si meus fuerit* nicht noch anderweitig interpoliert haben. Namentlich kann man das *idcirco .., ut, cum vicero, tunc eum iubeam adire* beanstanden.

steht auch formell kein Unterschied zwischen der *rei vindicatio* gegen den Erblasser und der *vindicatio in servitutem* gegen den Assertor, da die letztere, wie Lenel[1]) nachgewiesen hat, in den Formen der Eigentumsklage d. h. mittels *formula petitoria* oder *per sponsionem* durchgeführt wurde.

2. Wäre der Prozeß gegen den Assertor ein *novum iudicium*, so hätte dieser konsequenterweise neuerdings *satisdatio p. p. l. e. v.* bestellen müssen.[2]) Die Sponsoren hätten demgemäß schon im Momente der Kautionsbestellung seitens des Assertors aufgehört zu haften.[3])

3. Entscheidend aber scheint mir folgende Erwägung: Wäre der Kläger stets auf einen neuen Prozeß gegen den Assertor angewiesen, so wäre die gegen den Erblasser begründete Prozeßobligation gegenstandslos.

Es wäre unter solchen Umständen niemand legitimiert, den gegen den Erblasser begonnenen Prozeß fortzusetzen. Der Assertor nicht, weil es gegen ihn immer einer neuen Klage bedarf, der Sklave nicht, weil er nicht zugleich Subjekt und Objekt des Prozesses sein kann, der *bonorum emptor* als Universalsukzessor nicht, weil vorher über die Freiheitsfrage entschieden sein muß, bevor es zur *bonorum venditio mortui* kommen kann.[4]) Die rechtliche Situation

---

[1]) l'Édit II S. 114 ff. = E. P. S. 308. Vgl. auch Girard, Manuel[3] S. 100 N. 7.

[2]) Vgl. Ubbelohde, G. G. A. (1888) S. 364.

[3]) Vgl. oben Kap. 1 S. 59 ff.

[4]) Denn stand der Sklave im Eigentum des Erblassers, so war er *heres necessarius* und aus diesem Grunde die *bonorum venditio mortu*

wäre also ganz dieselbe gewesen, wie wenn gegen den Erblasser noch gar nicht *lis* kontestiert gewesen wäre. Die gegen ihn begründete Prozeßobligation konnte auf keinen Fall zu einem Urteil führen. Wie unter solchen Umständen der Jurist noch von einer Defensionspflicht der Sponsoren, die doch eine wirksame Prozeßobligation voraussetzte, hätte reden können, wäre unerfindlich.[1])

Die aus der Prozeßobligation resultierende prinzipale Defensionspflicht des Beklagten wirkt also auch nach dem Tode des Erblassers noch fort. Der ganzen Sachlage nach kann sie aber nur den Assertor treffen. Wenn

---

ausgeschlossen. Allerdings konnte der Kläger den Sklaven duzieren, wenn sich kein Assertor fand. Trat nun der Sklave die Erbschaft nicht an, so kam es zur *bonorum venditio mortui*. Eine Fortsetzung des Eigentumsprozesses gegen den *bonorum emptor* war aber ausgeschlossen, da sich der Sklave bereits im Besitze des Klägers befand. Es wäre vielmehr jetzt Sache des *bonorum emptor* gewesen, den Sklaven als zum Nachlaß gehörig zu vindizieren.

[1]) Vgl. auch D (46, 4) 20 Ulp. l. 77 ad ed.: *Si accepto fuerit lata ob rem iudicatam clausula, Marcellus ait ceteras partes stipulationis evanuisse: propter hoc enim tantum interponuntur, ut res iudicari possit.* Die Stelle bezieht sich, wie die Inskription zeigt, auf die *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*. Aus dem im Texte angeführten Grunde ist es mir auch zweifelhaft, ob die Bürgen hafteten, wenn der Erblasser, nachdem er bereits kaviert hatte, noch vor der Litiskontestation starb. D (46, 7) 3, 8 Ulpian. l. 77 ad ed.: *Si reus postquam pro praede litis et vindiciarum* (D: iudicatum solvi, Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1705 N. 5) *promisit, demens factus sit, an stipulatio committatur ob rem non defensam, quaeritur: magisque est, ut committatur, si nemo eum defendat,* kann nicht entgegen gehalten werden. Denn hier trifft den Kurator die Defensionspflicht.

dieser daher den Prozeß übernimmt, so übernimmt er ihn als Prozeß des Erblassers, nicht als eigenen. Daher bedarf es auch keiner neuerlichen Kautionsleistung seitens des Assertors.

Nun tritt der Assertor nur in den Prozeß, wenn er will. Aus diesem Grunde ist es sehr wahrscheinlich, daß es beim Eintritt des Assertors in den Prozeß zu einem neuerlichen *iudicium accipere* kam. Eine zweite Litiskontestation kann indessen in demselben keinesfalls erblickt werden. Denn sie wäre mit der Einheit des Streitverhältnisses nicht vereinbarlich. Dieses wiederholte *iudicium accipere* kann vielmehr nur als prozessualer Vertrag sui generis (Translationsvertrag) aufgefaßt werden. Die juristische Gestaltung des Translationsfalles ist daher vollkommen analog der der *translatio iudicii* auf den Erben. Allein ein wichtiger Unterschied darf nicht übersehen werden. Der Erbe sukzediert kraft Erbrechts *ipso iure* in die Prozeßobligation, der Assertor aber kraft Vertrages. Denn er tritt in den Prozeß nur ein, wenn er will.[1])

[1]) In der Regel wird wohl einer der Sponsoren als Assertor aufgetreten sein und den Prozeß des Erblassers als Sukzessor übernommen haben.

IV. Kapitel.

Iudicis mutatio.

Die *mutatio iudicis*, wie die technische Bezeichnung der Quellen für den nach der Litiskontestation eintretenden Wechsel im Richterpersonal lautet, wird in den Darstellungen des römischen Zivilprozesses[1]) fast ausschließlich in der Lehre von der *translatio iudicii* behandelt. Eine Ausnahme macht nur Bethmann-Hollweg. Er behandelt die *mutatio iudicis* abgesondert von der Prozeßtranslationslehre[2]) und wenn ich seine Bemerkung (Z. P. II S. 109 N. 80) „*iudex mutatur*, nicht das *iudicium*" richtig verstehe, so liegt dieser Systematik der Gedanke zugrunde, daß in der Änderung des Richterpersonals nicht eine Beeinflussung der Prozeßobligation selbst gelegen sei. Bethmann-Hollweg hat leider diesen

---

[1]) Vgl. z. B. Zimmern, Z. P. S. 363; Rudorff, R. G. II S. 247, 248; Keller-Wach, Z. P. § 68. Eine Zusammenstellung der Fälle, in denen nach den Quellen eine Änderung im Richterpersonal erforderlich war, bei Rudorff, l. c.

[2]) Die *mutatio iudicis* ist im Z. P. II § 101 „Der Geschworene" S. 462, die *translatio iudicii* im § 100 „Die Parteien und ihre Vertreter" S. 451 ff. erörtert.

Gedanken nicht weiter ausgeführt, allein das Problem, das uns in diesem Abschnitte beschäftigen soll, ist damit bereits aufgerollt. Liegt in der *mutatio iudicis* zugleich eine Änderung der Prozeßobligation? Den römischen Juristen ist diese Frage nicht fremd geblieben. Dies zeigen fr. 60 D (5, 1) Paul. und das bekannte fr. 76 D. eod. Alfen.

Man kann das bezeichnete Problem von verschiedenen Seiten aus in Angriff nehmen. Man kann zunächst fragen, ob der römische Geschworene als Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses und demnach die *mutatio iudicis* als *translatio iudicii* im Sinne des Wechsels eines Subjekts der Prozeßobligation aufzufassen sei. Die subjektive Beziehung des Prozeßrechtsverhältnisses ist in der modernen Prozeßtheorie lebhaft bestritten. Man streitet, ob das Prozeßrechtsverhältnis eine rechtliche Beziehung lediglich zwischen den Parteien[1]) oder zwischen diesen und dem Gerichte sei,[2]) ob überhaupt nur ein Rechtsverhältnis vorliege mit zwei oder drei Subjekten und nicht vielmehr drei Rechtsverhältnisse (Kläger—Beklagter, Kläger—Gericht, Beklagter—Gericht) bestünden, die aber in gewisser Richtung durch die einheitliche *res in iudicium deducta* zusammengehalten werden.[3]) Für den römischen Zivilprozeß

---

[1]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 6—8; Sperl, Sukzession in den Prozeß S. 6 ff.

[2]) So die überwiegende Meinung. Vgl. Wach, Handbuch des Z. P. S. 39, Grünh. Ztschr. 6 S. 520 ff., 7 S. 144 ff.; Canstein, Z. P. I S. 2; Menger, Z. P. I S. 23 N. 7, Grünh. Ztschr. 7 S. 647, 648. Eigenartig Schmidt, Z. P. S. 24, 25, 794.

[3]) Schwalbach, Archiv für ziv. Praxis 63 S. 393, 399.

sind indessen diese Kontroversen nicht von Belang, da die analoge Frage, ob der römische Geschworene Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses sei, m. E. überhaupt nicht gestellt werden kann.[1]) Die römische Prozeßobligation *(actio, iudicium, lis*[2]*)* kann vielmehr ihrer ganzen Natur nach nur als rechtliche Beziehung zwischen den Parteien aufgefaßt werden.[3])

Die römische Prozeßobligation und das Prozeßrechtsverhältnis des modernen Zivilprozesses sind wesentlich verschiedene Dinge.[4]) Letzteres ist rein prozessualen Inhaltes, gehört seinem ganzen Umfange nach dem öffentlichen Rechte an und ist in seinen Voraussetzungen und rechtlichen Schicksalen vom materiellen Streitverhältnis,

[1]) A. M. Sperl, a. a. O. S. 6 ff., der sich für die Dreisubjektivität der römischen Prozeßobligation entscheidet. Vgl. jedoch auch S. 18.

[2]) Vgl. Wlassak, Art. actio bei Pauly-Wissowa I S. 307.

[3]) Schon der Umstand, daß der Geschworene bei der Begründung der Prozeßobligation in keiner Weise beteiligt ist, sollte bedenklich machen. Vgl. D (5, 1) 39. Näher wäre es noch gelegen, den Prätor als Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses aufzufassen, da sein *actionem dare* zur Streitbefestigung erforderlich ist. Vgl. Wach, Grünh. Ztschr. 6 S. 521: „Entsprechend der Streitbegründung ist das durch sie geschaffene Rechtsverhältnis dreiseitig." Grünh. Ztschr. 7 S. 144 „Die Dreisubjektivität des Zivilprozesses bedingt die Dreiseitigkeit der Prozeßbegründung". Wie verfehlt dies indessen wäre, hat Wlassak gezeigt. Die Mitwirkung des Magistrats bei der Streitbegründung ist Bedingung, nicht Ursache der Entstehung der Prozeßobligation. Vgl. Wlassak, P. G. II S. X.

[4]) Diese grundsätzliche Verschiedenheit wird auch von Sperl, a. a. O. S. 4 betont. Vgl. ferner Schott, Rechtsschutz S. 67 N. 1.

der *res in iudicium deducta*, scharf zu trennen.[1]) Diese Unterscheidung ist für den römischen Prozeß undurchführbar. Die römische Prozeßobligation ist vielmehr wesentlich[2]) mit der *res in iudicium deducta* identisch, „sie tritt an Stelle der durch die Streitbefestigung vernichteten privatrechtlichen Forderung." [3]) (Konsumtionsprinzip.) Als *in iudicium* deduzierter Anspruch ist die Prozeßobligation selbstverständlich nur einer Beziehung auf den Prozeßgegner fähig.[4])

Allerdings hat eine wohl erst seit Julian aufgekommene Theorie gelehrt,[5]) daß die prozessuale Konsumtion von der Ziviloblligation eine *naturalis obligatio* übrig lasse, die in den Prozeß nicht hineingezogen werde. Doch handelte es sich hiebei nicht um Aufstellung eines Prinzipes, das eine Durchführung in alle Konsequenzen erlaubt

[1]) Vgl. Sperl, a. a. O. S. 9; Kohler, a. a. O. S. 86 und Ztschr. für Z. P. 12 S. 97; Frank, ebendort 13 S. 219—222; Wach, Grünh. Ztschr. 6 S. 522.

[2]) Vgl. Bekker, Aktionen II S. 175 ff.

[3]) Worte Wlassaks, Art. actio bei Pauly-Wissowa I S. 307. Vgl. auch L. K. S. 57.

[4]) In diesem Sinne Wlassak, Art. actio bei Pauly-Wissowa „Die durch die Litiskontestation zwischen den Parteien begründete Prozeßobligation," P. G. II S. X „Der Prozeß ist eben ein Verhältnis zwischen *actor* und *reus*." Pernice, Z. R. G. 18 S. 51 „Folge der Litiskontestation ist die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses unter den Parteien." Vgl. auch Kuntze, Exkurse[2] S. 388—400; Bekker, Aktionen II S. 176 ff.

[5]) Wie ich vermute, zur theoretischen Rechtfertigung des Satzes *omnia iudicia absolutoria*. Vgl. D (12, 6) 60 pr. Näheres darüber auszuführen, ist hier nicht am Platze.

hätte, sondern nur um den Versuch für einzelne Rechtsfälle eine juristisch-theoretische Rechtfertigung zu finden.[1]) Wie wenig diese Theorie prinzipielle Geltung beanspruchen kann, zeigt der Umstand, daß ihre konsequente Durchführung zum Ergebnis geführt hätte, daß vor der Streitbefestigung gestellte Bürgen auch nach derselben noch als Bürgen der Naturalschuld forthafteten.[2]) Anderseits berufen sich die Juristen nicht auf die *naturalis obligatio*, um das Fortbestehen der Pfandhaftung, eines *privilegium exigendi* nach der Litiskontestation zu erklären.[3]) Der ganzen Lehre von der *naturalis obligatio* kommt demnach lediglich die Bedeutung eines juristischen Konstruktionsbehelfes zu und es darf in ihr nicht einmal ein Anklang an eine begriffliche Scheidung zwischen Prozeßobligation und materiellem Anspruch gesucht werden.[4]) Nach wie vor decken sich *res in iudicium deducta* und Prozeßobligation. Allerdings bestehen auch rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien und dem Geschworenen. Die Parteien haben gegen den Geschworenen einen Anspruch auf Sachentscheidung überhaupt, sowie auf pflichtgemäße Ausübung des *munus iudicandi*.[5]) Allein dieses Rechts-

[1]) Vgl. D (12, 6) 28, D (15, 1) 50, 2, D (19, 2) 54 pr., D (46, 1) 8, 3, D (46, 8) 8, 1 und Girard, Manuel[3] S. 636 N. 4.

[2]) Vgl. Erman, Conceptio formularum S. 89 N. 5.

[3]) Vgl. D (9, 2) 30, 1, D (13, 7) 11 pr. § 1, D (20, 1) 13, 4, D (20, 6) 13, D (46, 2) 29.

[4]) Ich kann daher den Ausführungen Sperls, a. a. O. S. 19 N. 1 nicht zustimmen.

[5]) Der Anspruch auf Sachentscheidung (vgl. Schmidt, Z. P. S. 24) konnte durch prätorisches *cogere* durchgesetzt werden. D (5, 1)

verhältnis liegt nach römischer Auffassung außerhalb der Prozeßobligation.

Die *mutatio iudicis* kann also nicht einen Wechsel in den Subjekten der Prozeßobligation bedeuten und fällt daher nicht unter die *translatio iudicii.* Das bestätigen auch die Quellen, die technisch den Ausdruck *iudicem mutare*[1]) und nicht *transferre iudicium*[2]) gebrauchen. Daneben finden sich Wendungen wie *alium iudicem sumere, dare,*[3]) *iudicem subdere,*[4]) *substituere.*[5])

49, 1, D (50, 5) 13, 2. Vgl. auch D (4, 8) 32, 2, Bethmann-Hollweg, Z. P. II S. 108. Das Recht der Parteien auf pflichtgemäße Ausübung des *munus iudicandi* seitens des *iudex* war bekanntlich durch die *actio in factum* auf Grund des Edikts „*si iudex litem suam fecerit*" geschützt. Vgl. Lenel, l'Édit I S. 187—189, Pernice, Labeo II, 2 S. 168—172.

[1]) Er gehört auch der Gesetzessprache an. Vgl. D (48, 11) 7 pr. Macer l. 1 iudic. publ.: *Lex Iulia de repetundis praecipit „ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum, non mutandum, non iubendum ut iudicet . . . aliquid acceperit.* Vgl. im übrigen D (5, 1) 18 pr.; 46; 76.

[2]) An einer einzigen Stelle finde ich *transferre iudicium* gebraucht. D (50, 5) 13, 3 Ulp. l. 23 ad ed.: *quod si postea* (d. h. nach Annahme des Richteramtes) *iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius. Tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper exspectare, quam iudici novo rem rursum iudicandam committere.* Doch braucht man nur *iudicium* mit Formel zu übersetzen, was hier sehr gut angeht, um der Stelle jede Beweiskraft zu nehmen.

[3]) D (5, 1) 17; 32; 76, D (27, 7) 6.

[4]) D (5, 1) 60, Fest. s. v. subditus, (Bruns, fontes[6] II S. 43) Cic. pro domo 32, 85, vgl. auch Cic. Verr. I 12.

[5]) D (46, 7) 20.

Mit dieser Erkenntnis ist dieser Punkt eigentlich für unsere Untersuchung, die sich nur mit den Veränderungen der Prozeßobligation in subjektiver Beziehung zu beschäftigen hat, erledigt. Indessen kann die Frage, ob der neue *iudex* auf Grund des alten oder eines neuen Prozeßrechtsverhältnisses judiziere, doch noch von einem anderen Gesichtspunkte aus gestellt werden.

Wie Wlassak[1]) lehrt, wird der vom Prätor ernannte (zugelassene) Geschworene von den Parteien in der Streitbefestigung bestellt. „Verweigern die Parteien oder der Beklagte die Litiskontestation wegen des *Titius iudex esto* in der Formel, so ist Titius doch nicht Richter trotz der prätorischen Ernennung." Neuestens hat Wenger[2]) Wlassaks Lehre dahin formuliert, daß eine Formel, der das *caput et fundamentum*, die Iudexernennung fehle, wohl ein Formelentwurf, aber keine Streiturkunde sei. Man wird daraus weiter schließen können, daß *lis* nicht kontestiert sei, wenn der Beklagte, der über alle sonstigen Streitbedingungen mit dem Kläger sich geeinigt hat, die Annahme des ihm vom Kläger vorgeschlagenen *iudex* verweigert. Vermag er daher triftige Rekusationsgründe gegen den vom Kläger in Vorschlag gebrachten Geschworenen nicht vorzubringen, so ist er indefens gerade so wie wenn er sich gegen die Annahme der vom Prätor genehmigten materiellen Streitbedingungen sträubt. Die Iudexernennung ist also nach

[1]) P. G. II S. 39 N. 30, S. 78—83, 197 N. 18, S. 199 N. 23, Kognitur S. 15 N. 25.

[2]) Actio iudicati S. 129 N. 5.

Wlassak und Wenger ein Essentiale der Streiturkunde.[1]) Ohne das *Titius iudex esto* keine Formel, keine Streitbefestigung. Von diesem Standpunkte aus ergeben sich jedoch für die *iudicis mutatio* Schwierigkeiten. War der in der Formel bezeichnete *iudex Titius* aus irgend welchem Grunde in Wegfall gekommen und sollte ein neuer *iudex* an dessen Stelle treten, konnte dann der Beklagte nicht einwenden, er habe sich nur dem Urteile des *iudex Titius* unterworfen? Jetzt nach Wegfall desselben mangle der Streitbefestigung ein wesentlicher Bestandteil. Sie sei daher hinfällig und die Bestellung eines neuen *iudex* könne nur auf Grund neuer Litiskontestation erfolgen.

Auf diesen Einwand hat neuestens Lenel[2]) hingewiesen und er empfängt in der Tat auch eine Stütze in den Quellen. In den fr. 3 pr. und 20 D (46, 7) wird der Fall erörtert, daß ein anderer *iudex* als der in der *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*[3]) bezeichnete die Entscheidung gefällt hat. Beide Stellen erklären übereinstimmend, daß in einem solchen Falle die Stipulation nicht verfallen könne, *quia non huius iudicis sententiae sponsores se subdiderunt.* Solle die Stipulation daher auch für die Entscheidung des neuen *iudex* Wirksamkeit haben, so müsse für diese Möglichkeit durch eine besondere Sub-

[1]) Zum selben Ergebnis gelangt trotz Abweichungen im einzelnen auch Schott, Z. P. und Rechtswissenschaft S. 44 ff., 62 ff.

[2]) Z. R. G. 37 S. 338. Vgl. auch Schott, a. a. O. S. 45. Vgl. auch D (4, 8) 17, 5.

[3]) Vgl. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 1698 N. 4 und 5.

stitutionsklausel „*quive in eius locum substitutus erit*" Vorsorge getroffen werden.[1])

Eine *iudicis mutatio* auf Grund einer neuen Streitbefestigung bringt uns aber mit den Quellen in Konflikt. Denn dieselben ergeben zweifellos, daß die *iudicis mutatio* die Identität der Prozeßobligation unberührt lasse.

[1]) Vgl. Lenel, l'Édit II S. 269 = E. P. S. 410. fr. 20 D (46, 7) bezieht sich allerdings auf das Kognitionsverfahren. So auch Stintzing, Beiträge zur röm. R. G. S. 101, 102. fr. 3 pr. D (46, 7) kann, wie jetzt Lenel, Z. R. G. 37 S. 339 N. 2 über Vorschlag Wlassaks annimmt, in seiner ursprünglichen Fassung nicht „von der Ersetzung eines *iudex* durch einen anderen, sondern von der der *centumviri* durch einen Einzelgeschworenen (oder umgekehrt) gehandelt haben". Ich sehe aber darin noch keinen ausreichenden Grund, daß Lenel jetzt seine früher im E. P. und l'Édit l. c. ausgesprochene Annahme, daß die Kaution den Namen des *iudex* enthalten habe, aufgibt. Wenn im Kognitionsverfahren, wo doch die Ernennung des Richters prinzipiell wenigstens der Parteienwillkür entrückt war, die Kaution für die Entscheidung des Appellationsrichters nicht wirksam sein soll, falls für ihn im Formular keine Vorsorge getroffen war, so ist kein Grund einzusehen, warum dies nicht auch für das Formularverfahren gegolten haben sollte. Vgl. auch Wlassak, Z. R. G. 22 S. 383. Wenn Stintzing, l. c. ferner Gewicht darauf legt, daß in der bei Paul. sent. V 9, 1 erwähnten *cautio p. p. l. e. v.* des bedingt instituierten Erben der Richter nicht genannt sein könne, weil man nicht wisse, ob es überhaupt zum Prozesse kommen werde, so muß er doch zugeben, daß eine generelle Bezeichnung des Geschworenen möglich war. Mehr ist ja die in fr. 20 cit. erwähnte Substitutionsklausel auch nicht. Über die zitierte Paulusstelle vgl. jetzt Lenel, l'Édit II S. 275 bis 277, der seine frühere Erklärung (E. P. S. 415) infolge der Kritik Wlassaks (P. G. I S. 227—231) zurückgezogen hat.

Vgl. D (5, 1) 60 Paul. l. 14 ad Sab.:

Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet.

D (5, 1) 76 Alfen. l. 6 digest.:

Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere[1]) rell.[2])

---

[1]) „So bleibe doch dasselbe Streitverhältnis und dasselbe Gericht." Das Fragment bezieht sich vielleicht eher auf die Centumviri als auf die Rekuperatoren. Für die letztere Annahme allerdings zweifelnd Lenel, Pal. I S. 42. Vgl. auch Lenel, E. P. S. 20 N. 5. Vgl. jedoch auch Wlassak, Art. Centumviri bei Pauly-Wissowa S. 1937 ff. und Lenel, l'Édit I S. 28 N. 1. Über den philosophischen Inhalt der Stelle vgl. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 36—38, 335, 506 N. 76.

[2]) Die Einheit der Prozeßobligation trotz *iudicis mutatio* würde auch beweisen fr. 32 D (5, 1), wonach die dem ersten Richter gesetzte Urteilsfrist auch für den substituierten *iudex* gilt, *ita tamen, ut legitimum tempus non excedat*, wenn man unter *legitimum tempus* die Prozeßverjährungszeit der lex Iulia verstehen dürfte. Denn eine neue Litiskontestation würde die Verjährung unbedingt unterbrechen. In diesem Sinne Keller, Litiskontestation S. 140, 141. Allein man darf nicht übersehen, daß die Stelle mit Ulp. l. 1 de officio consulis inskribiert ist und demnach *legitimum tempus* für *imperii annus* interpoliert sein kann. Lenel, Pal. zu Ulp. fr. 2048 N. 3. In diesem Falle wäre die Stelle auf das Kognitionsverfahren zu beziehen und würde nur besagen, daß der Konsul über die Zeit seines Amts-

Ich weiß nur zwei Erklärungen, welche diesen Widerspruch zu beseitigen imstande sind. Welche von beiden die richtige ist, muß ich allerdings dahingestellt sein lassen.

1. Es ist m. E. nur eine logische Konsequenz der Wlassak-Wengerschen Lehre, daß die *iudicis mutatio* eine neue Litiskontestation erfordere und man kann den Widerspruch, in welchen diese Theorie dadurch mit den Quellen gerät, für einen ausreichenden Beweggrund zur Aufgabe dieser Lehre ansehen. Will man demnach die Iudexbestellung von der Streitbefestigung loslösen, so bietet die juristische Erklärung der *iudicis mutatio* keine Schwierigkeiten. Sie ist dann als Inzidenzverfahren anzusehen, das die Prozeßobligation unberührt läßt. Allerdings wäre es von diesem Standpunkte aus nicht recht begreiflich, wie die römischen Juristen überhaupt auf die Frage kommen konnten, ob trotz der *mutatio iudicis* noch *eadem res, idem iudicium* vorhanden sei. Denn war die Iudexernennung zur Perfektion der Streitbefestigung nicht erforderlich, so war es ja selbstverständlich, daß die *mutatio iudicis* das *iudicium* ebensowenig berührte wie die vor oder nach der Streitbefestigung erfolgende Bestellung des Geschworenen. Anderseits kann man sich auf eine Reihe von Stellen, auf die schon Hartmann-Ubbelohde[1]) und neuerdings Erman[2]) aufmerksam gemacht haben,

---

jahres hinaus keinen *iudex* delegieren dürfe. So schon Bynkershoek, Obs. VII 23. Das gilt natürlich auch dann, wenn die *iudicis mutatio* auf neuer Streitbefestigung beruht.

[1]) Ordo iudiciorum S. 463 N. 66.

[2]) Z. R. G. 35 S. 246.

berufen, welche von Streitbefestigungen vor und ohne Iudexernennung berichten.

Den hier bezeichneten Weg hat neuestens in der Tat Lenel in seiner bereits mehrfach berufenen Abhandlung über die Litiskontestation des Formularprozesses (Z. R. G. 37) eingeschlagen. Lenel will die Iudexernennung von der Litiskontestation losgelöst und auf einen besonderen zweiten Termin nach der Streitbefestigung verlegt wissen.[1]) Er geht von der Annahme aus, daß *praesentia iudicis* bei seiner Bestellung erforderlich gewesen sei.[2]) Es sei nun vollständig ausgeschlossen, daß sämtliche *iudices selecti* bei allen Litiskontestationen zugegen gewesen sein

[1]) Gegen Lenel Schott, a. a. O. 45, 46. Schotts Hauptargument gegen Lenel, daß bei Weigerung der Parteien im 2. Termin den *iudex* anzunehmen, die ganze Verhandlung *in iure* erfolglos gewesen wäre, ist m. E. nicht durchschlagend. Denn wenn Lenel die Iudexernennung aus der Litiskontestation ausscheidet, so muß er wohl weiter annehmen, daß wenigstens bei chikanöser Rekusation des vom Kläger vorgeschlagenen Geschworenen seitens des Beklagten derselbe ihm auch oktroyiert werden konnte. In diesem Sinne schon Keller, Z. P. § 9 i. f. Vgl. aber Cic. pro Cluent. 40, 120: *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset.* Nur wenn Lenel die Streitbefestigung durch die nachfolgende Iudexernennung bedingt ansehen sollte, träfe Schotts Einwand zu. Vgl. jedoch Wlassak, P. G. II S. 197 N. 18.

[2]) Vgl. jedoch D (5, 1) 39 pr. und dazu Lenel, a. a. O. S. 339 N. 1; Schott, a. a. O. S. 46. Die Anwesenheit des *iudex* bei seiner Bestellung war nach Lenel schon aus dem Grunde erforderlich, damit sich derselbe über etwa vorhandene Exkusationsgründe erkläre. Vgl. auch Schlossmann, Litiscontestatio S. 92 ff.

sollten. Das ist gewiß richtig. Allein bestand dieselbe Schwierigkeit nicht auch für den von Lenel postulierten zweiten Termin? Oder war dieser ein Sammeltermin, in welchem für eine Reihe von Prozessen die Geschworenen bestellt und die Termine für die Verhandlungen *in iudicio* bestimmt wurden? Denkbar wäre das, namentlich wenn man mit Schott[1]) die *lex Pinaria* auch für den Formularprozeß für anwendbar hält und in der 30tägigen Frist derselben eine Minimalfrist erblickt. Lenel führt ferner an, daß nach Wlassak der „mit seiner Ernennung überraschte *iudex* den Parteien doch unmöglich zu jeder Zeit zur Verfügung stehen konnte. Und wie sollte der in absentia ernannte *iudex* den Parteien den Termin bestimmen, da er doch keine *apparitores* zu seiner Verfügung hatte?" Diese Einwendungen wären sehr zutreffend, wenn wir bestimmt wüßten, daß der Geschworene den Parteien den ersten Termin *in iudicio* festsetzte. Allein es ist vielleicht wahrscheinlicher, daß dies vom Prätor im *iussus iudicandi* geschah. Die weiteren Termine mochte immerhin der Geschworene selbst festgesetzt haben.

Lenels Auffassung vom Verhältnis der *iudicii datio* zur *iudicis addictio* ist gewiß denkbar. Daß sie die allein richtige sei, hat Lenel m. E. nicht bewiesen. Ich glaube daher doch berechtigt zu sein, noch eine zweite Erklärung der *iudicis mutatio* vorzuschlagen, die auf der Wlassak-Wengerschen Theorie fußt.

2. Welchen Weg wir hiebei einzuschlagen haben, zeigt schon das oben zitierte fr. 20 D (46, 7). Um die

[1]) Rechtsschutz S. 59, Z. P. und Rechtswissensch. S. 44, 45.

Prozeßkaution auch für die Entscheidung eines anderen Richters als den in der Stipulation selbst genannten wirksam zu machen, war die Beifügung einer Substitutionsklausel *„quive in eius locum substitutus erit"* erforderlich. Wäre es nicht denkbar, daß man denselben Vorgang auch bei der Streitbefestigung beobachtete, daß die Parteien die Litiskontestation vollzogen mit einer Formel: *Titius quive in locum eius substitutus erit iudex esto?* Eine auf Grund einer solchen Formel bewirkte *mutatio iudicis* war durch den Prozeßvertrag ebenso gedeckt wie die Bestellung des *iudex Titius.*[1]) Die Einheit der Prozeßobligation ergab sich dann von selbst. Für diese Vermutung spricht der Umstand, daß die Quellen für den an Stelle des *durante lite* verstorbenen Richters tretenden Ersatzgeschworenen den Terminus *„iudex subditus"* als technischen verwenden.

Festus s. v. ***subditus*** *iudex dicitur, qui loco mortui datur iis qui eum habuerant iudicem in aliqua re vel lite.*

D (5, 1) 60 Paul. l. 14 ad Sab.:

Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui ***subditus*** *est sequi oportet.*

Cic. pro domo 32, 85: *Quis in meum locum iudicem* ***subdidit?***

Die Vermutung, daß sich die technische Bedeutung des Wortes *subditus* in Anlehnung an in den Formeln

[1]) Die Ernennung des *iudex substitutus* erfolgte dann durch den Prätor auf Grund der Streitbefestigung der Parteien. Ein Rekusationsrecht des Beklagten ist damit natürlich vereinbarlich.

übliche Substitutionsklauseln *(qui in locum eius subditus erit)* gebildet habe, wird nicht ganz von der Hand zu weisen sein. Die uns erhaltenen *formulae*[1]) bieten allerdings kein Beispiel einer solchen Substitutionsklausel. Sie enthalten aber auch nicht die Bezeichnung eines individuell bestimmten *iudex*, sondern bringen das bloße „*iudex esto*" (nicht *Titius iudex esto*[2]). Und dies auch im rubrischen Gesetze, welches es für notwendig erachtet, ausdrücklich hervorzuheben, daß die in seinen Formeln enthaltenen Namen des Klägers und des Beklagten nur Blankettnamen seien, die im Ernstfalle durch die Namen des wirklichen Klägers und Beklagten ersetzt werden müßten.[3]) Auf diese Erscheinung hat neuestens auch Lenel[4]) aufmerksam gemacht und sie verdient immerhin einige Beachtung, wenn man sich nicht bei der Erklärung beruhigen will, daß man aus stilistischen Gründen die Einsetzung der Blankettnamen für den Kläger und Beklagten, nicht aber auch für den *iudex* für erforderlich gehalten habe.[5])

Aber man wird doch fragen dürfen, ob es den Parteien nicht gestattet war, anstatt den Iudex in der Streit-

---

[1]) Lex Rubria c. 20, (Bruns, fontes[6] I S. 99, 100) Gai. IV 31, 36, 37, 46, 47, 86, 136.

[2]) Eine Ausnahme macht die bei Cic. Verr. II 12, 31 überlieferte *formula petitoria*.

[3]) Ein ähnlicher Hinweis auch bei Gai. IV 34: *si A. Agerius (id est si ipse actor) L. Titio heres esset.*

[4]) Z. R. G. 37 S. 338.

[5]) Vgl. Wlassak, Kognitur S. 19, Gai. IV 86 läßt in dem daselbst gebrachten Formelbeispiel das *iudex esto* überhaupt weg-

befestigung selbst zu bestellen, vielmehr dessen Auswahl dem Prätor zu überlassen und so mit einer Streiturkunde, welche den Geschworenen nur generell, nicht individuell bestimmte, die Litiskontestation zu vollziehen.[1]) Auf Grund dieser Auffassung des „*iudex esto*"[2]) der *formulae* lassen sich auch die von Hartmann-Ubbelohde bezeichneten Fälle der Litiskontestation ohne Iudexernennung vom Standpunkte Wlassaks aus erklären.[3])

Ich betone ausdrücklich, daß ich mit diesen Aufstellungen nur eine Hypothese gewagt haben will, die ich

---

[1]) Es bedarf bei dieser Interpretation des „*iudex esto*" der Formeln natürlich keiner Substitutionsklausel. Dieselbe war nur dann erforderlich, wenn schon in der Litiskontestation ein bestimmter *iudex Titius* bestellt worden war. Vgl. auch P. Oxy. I 71 (a°. 303 p. Chr.) eine Klageschrift an den Präfekten auf Rückstellung eines Depositums, deren Petit mit den Worten beginnt: *κελεῦσαι ἢ τῷ στρατηγῷ ἢ ᾧ ἐὰν δοκιμάσῃς ἐπαναγκασθῆναι.* Die Urkunde bezieht sich allerdings auf den Kognitionsprozeß. Vgl. Wenger, actio iudicati S. 131 (N. 5 ex S. 129).

[2]) Wenn die Iudexernennung von der Litiskontestation ganz losgelöst ist, wozu dann überhaupt das „*iudex esto*" in der Formel?

[3]) Vgl. auch Keller, Litiskontestation S. 49; Erman, Z. R. G. 35 S. 246 N. 1. A. M. Lenel, Z. R. G. 37 S. 318 N. 2. Auf keinen Fall aber ginge es an, die Litiskontestation als durch die künftige Iudexernennung bedingt aufzufassen. Denn die Streitbefestigung wirkt hier anspruchssichernd, indem sie z. B. die drohende Verjährung unterbrechen soll. Vgl. D (5, 1) 28, 4. Damit wäre unvereinbar, daß der Beklagte durch die bloße Weigerung einen *iudex* anzunehmen, die Bedingung zu vereiteln und damit die Streitbefestigung hinfällig zu machen imstande wäre.

neben der Lenelschen Auffassung vom Verhältnis der Iudexernennung zur Litiskontestation zur Wahl stelle. Weiter als zu Vermutungen wird man bei dem derzeitigen Stand der Quellen in diesem dunklen Gebiete des römischen Zivilprozesses auch kaum gelangen können.

Quellenregister.

(Die größeren Ziffern bedeuten die Seiten, die kleineren die Noten, die letzteren in Klammern gesetzt zeigen an, daß sich die betreffende Stelle sowohl im Texte wie in der Note findet.)

Seite

Basilica

7, 2, 32 . . . . . 279[1]
7, 5, 46 . . . . . 106[3]
7, 16, 10 . . . . . 37[3]
8, 2, 27 . . . . . 75[2], 76[3]
10, 4, 3 179
21, 2, 6 . . . . . 268[1], 271(1)
38, 9, 39 . . . . . 156, 161[2]
60, 21, 16 . . . . . 228[3]

Cicero

ad Herennium
1, 11, 19 . . . . . 17[1]
1, 12, 22 . . . . . 17[1]
1, 14, 24 . . . . . 17[1]
1, 15, 25 . . . . . 17[1]
2, 12, 18 . . . . . 17[1]
de inventione
2, 19, 57—58 . . . . . 17[1]
pro Quinctio
16, 51 . . . . . 6, 186[2]
pro domo
32, 85 . . . . . 311[4], 319

Seite

Cicero

pro Cluentio
40, 120 . . . . . 317[1]
pro Roscio com.
11, 32 . . . . . 132[3]
in Verrem
1, 12 . . . . . 311[4]
2, 12, 31 . . . . . 320[2]

Codex Gregorianus

2, 1 . . . . . 132[3]

Codex Justinianus

(2, 4) 7 . . . . . 132[3]
(2, 9) 1 . . . . . 124[3]
(2, 12) 1 . . . . . 49[4]
(2, 12) 8 . . . . . 100[4]
(2, 12) 11 . . . . . 100[4], 165[2]
(2, 12) 11, 1 153
(2, 12) 11, 2 . . . 142[2], 152
(2, 12) 20 114
(2, 12) 22 . 94[2], 115, 121, 129[2], 146[6]
(2, 12) 23 . . 100[4], 103[2], 116, 121, 128[2], 147[3]

Seite

Codex Justinianus

(2, 12) 24 . . . . . 119[3], 120[1]
(2, 12) 28, 1 116
(3, 6) 2 . . . . . 151[1]
(3, 28) 5 . . . . . 241[3]
(4, 17) . . . . . 241[3]
(4, 26) 5 . . . . . 175[3]
(4, 26) 8 . . . . . 175[3]
(5, 31) 1 . . . . . 151[1]
(5, 37) 26, 3 . 154, 161, 165
(5, 39) 1 . 141[2], 157, 162, 165
(5, 53) 1 . . . . . 126[2]
(5, 53) 4 . . . . . 244[1]
(5, 53) 4, 1 251
(5, 54) 1 . . . . . 244[1]
(5, 61) 2 152
(7, 4) 11 . . . . . 215[3]
(7, 17) 1 . . . . . 298[2]
(7, 45) 1 . . . 119[3], 120[1], 272[2]
(7, 50) 2 . . . . . 280[3]
(7, 62) 9 . . . . . 119[3], 120[1]
(7, 66) 1; 6 . . . . . 28[1]
(8, 53) 33 pr. . . . 103[2], 117[1]
(8, 53) 33, 1 . . . . . 100[4]
(9, 35) 2 . . . . . 227[3]

Codex Theodosianus

(2, 6) 3 . . . . . 28[1]
(2, 12) 1 . . 100[4], 103[1-2], 116, 121, 128[2-3]
(2, 12) 3 . . . . . 81[2]
(2, 12) 7 . 92[2], 103, 109[3], 116, 119[3], 120[1], 146[6], 147[1]

Collatio leg. Mos. et Rom.

2, 3 . . . . . 184[1], 187[2]

Digesta

(1, 12) 1, 10 . . . . . 227[3]
(2, 1) 13, 1 . . . . . 29, 62[3]

Seite

Digesta

(2, 2) 3, 4 . . . . . 268[4]
(2, 8) 8, 3 . . . . . 36[3]
(2, 9) 3 . . . . . 209[1], 211[2]
(2, 9) 6 . . . . . 214[1]
(2, 10) 1, 6 38
(2, 11) 10, 2 36
(2, 11) 15 . . 156, 163, 164, 165
(2, 12) 1, 2 . . . . . 62[3]
(2, 12) 7 . . . . . 23[1]
(2, 12) 10 . . . . . 23[1]
(2, 14) 12 . . . . . 132[3]
(2, 14) 13 . . . . . 132[3]
(2, 14) 13 pr. . . . . 132[2]
(2, 14) 16 pr. . . . . 74[2]
(3, 2) 6, 2 . 267, 271, 272, 273[1]
(3, 2) 6, 6 . . . . . 275[1]
(3, 2) 14 . 9[2], 11[3], 241, 268[4], 272
(3, 3) 1, 3 . . . . . 81[1]
(3, 3) 2 pr. . . . 81[1-2], 82[1]
(3, 3) 8 pr. . . . . 147[2]
(3, 3) 8, 2 . . . . . 97[3]
(3, 3) 8, 3 . . . . 115[3], 138[4]
(3, 3) 10 . . . . . 115[3]
(3, 3) 13 90
(3, 3) 15 pr. . . . . 147[3]
(3, 3) 17 . . . . . 43[2], 142[4]
(3, 3) 17 pr. . . 42, 86, 104
(3, 3) 17, 2 . . . . . 43[4], 115[3]
(3, 3) 19 . . . . . 90(2)
(3, 3) 20 . . . . . 90(2)
(3, 3) 21 . . . . . 90(2)
(3, 3) 23 . . . . . 43[2]
(3, 3) 24 . 52, 55[2], 87, 96, 102
(3, 3) 25 . 43[2], 87, 89, 92, 94[1], 102[1], 109[2], 111[4], 115[3], 129[2], 138
(3, 3) 26 92
(3, 3) 27 . . . . . 43[2]

Digesta	Seite
(3, 3) 27 pr.	44[3], 46, 50, 71[3] 73, 75, 86[1], 91[1], 92, 113
(3, 3) 27, 1	73, 77
(3, 3) 28	50[5], 60[4], 74[2], 97[2], 111[4], 136[1], 137, 166[2]
(3, 3) 30	93, 109[2], 119[3], 120[1], 136[2]
(3, 3) 31 pr.	119[3], 120[1], 136[2]
(3, 3) 33, 3	49[2]
(3, 3) 39 pr.	131[2], 287[1]
(3, 3) 39, 1	131[2]
(3, 3) 40, 2	59[2], 168[3]
(3, 3) 42, 2	111[4]
(3, 3) 42, 7	264[2], 288[1]
(3, 3) 46 pr.	79, 86, 88, 95
(3, 3) 46, 3	58[3]
(3, 3) 46, 6	64[2]
(3, 3) 61	60[4], 111[4], 136[2], 138[4]
(3, 3) 66	70[1]
(3, 3) 67	54[4]
(3, 3) 69	124
(3, 3) 73	132[2]
(3, 3) 75	168[3], 237[1]
(3, 3) 76	120[2]
(3, 3) 78, 1	97[2]
(3, 4) 6, 3	48, 50[5], 108[1], 162
(3, 4) 10	74[2]
(3, 5) 30, 2	54[1]
(4, 1) 7, 1	77[1]
(4, 2) 27, 7	272[3]
(4, 3) 7, 9	15, 71[2], 202[2]
(4, 3) 9, 5	136[1]
(4, 3) 18 pr.	77[1]
(4, 3) 18, 4	77[1]
(4, 3) 25	15[3]
(4, 4) 3, 4	176 ff.
(4, 5) 2 pr.	235
(4, 5) 2, 1	181[2], 233[2]

Digesta	Seite
(4, 5) 2, 2	175[3]
(4, 5) 2, 3	234[2]
(4, 5) 7, 1	234[3]
(4, 5) 7, 2	235
(4, 6) 34	249
(4, 7) 4, 3	16
(4, 8) 17, 5	313[2]
(4, 8) 32, 2	310[5]
(4, 8) 32, 10	278, 285
(5, 1) 2, 2	24[4], 26, 27, 62[3]
(5, 1) 11	64
(5, 1) 17	311[3]
(5, 1) 18 pr.	311[1]
(5, 1) 18, 1	186[2]
(5, 1) 19 pr.	241[1]
(5, 1) 28, 4	321[3]
(5, 1) 32	191, 244, 271, 311[3], 315[2]
(5, 1) 34	241, 249
(5, 1) 36 pr.	23[1]
(5, 1) 39 pr.	308[3], 317[1]
(5, 1) 45 pr.	23[2]
(5, 1) 45, 1	163[1]
(5, 1) 46	311[1]
(5, 1) 49 pr.	237[1]
(5, 1) 49, 1	29, 310[5]
(5, 1) 56	70[1]
(5, 1) 57	91[1-2], 131, 105, 107, 108, 172 ff., 175[3], 180, 194
(5, 1) 58	62
(5, 1) 59	62[3]
(5, 1) 60	307, 311[4], 315, 319
(5, 1) 64 pr.	122[1]
(5, 1) 64, 1	57, 122[1]
(5, 1) 74, 2	256[1]
(5, 1) 76	307, 311[1-3], 315
(5, 2) 8, 14	232[5]
(5, 2) 22, 3	232[5], 241[3]
(5, 3) 7, 1	62[3]

Digesta	Seite
(5, 3) 13, 15	278[1]
(5, 3) 16 pr.	278[1]
(5, 3) 16, 2	285[1]
(5, 3) 20, 5	224[7]
(5, 3) 25, 17	285[1]
(5, 3) 25, 18	285[1]
(5, 3) 31, 5	285[1]
(5, 3) 42	279, 283[2]
(5, 3) 49	279[2], 282
(6, 1) 58	203[1], 205[1], 218, 219[1], 220[2]
(7, 1) 17, 2	211, 212[1]
(7, 1) 21	213[1]
(9, 1), 1, 16	203[1], 220[1]
(9, 1) 1, 17	84[1]
(9, 2) 9 pr. § 2	141[1]
(9, 2) 30, 1	310[3]
(9, 2) 37, 1	208[1]
(9, 4) 4, 3	272[3]
(9, 4) 14 pr.	208[1]
(9, 4) 14, 1	199 ff.
(9, 4) 15	9[2], 199 ff., 208[2], 236
(9, 4) 16	200[2], 203[1]
(9, 4) 17, 1	210, 212[2]
(9, 4) 18	209[1]
(9, 4) 23	208[2]
(9, 4) 24	215[1]
(9, 4) 25	208[2]
(9, 4) 26, 5	342-4
(9, 4) 26, 6	211
(9, 4) 27 pr.	208[1], 210
(9, 4) 27, 1	208[2]
(9, 4) 28	203[1], 211[3], 218[2], 219[1], 268[4]
(9, 4) 32	187[1], 193[1], 201[1]
(9, 4) 33	194[1]
(9, 4) 34	192
(9, 4) 35	172 ff., 180

Digesta	Seite
(9, 4) 37	203[1]
(9, 4) 38 pr.	215[2]
(9, 4) 39, 3	97[4]
(9, 4) 42 pr.	62[3], 199[2], 221 ff.
(9, 4) 42, 1	205[2], 224[2]
(9, 4) 42, 2	33
(10, 2) 12, 2	206[1], 217[1]
(10, 2) 48	85[2], 250, 262, 264, 266
(11, 1) 9, 4	131[2], 287[1]
(11, 1) 11, 8	34[4]
(11, 1) 11, 9	32[1]
(11, 1) 11, 10	34[4]
(11, 1) 11, 11	34[4]
(11, 1) 11, 12	34
(11, 1) 18	291(3-4-5)
(11, 1) 20 pr.	291(3-5)
(12, 2) 7	35[2]
(12, 2) 9, 6	131[2]
(12, 2) 17 pr.	131[2]
(12, 2) 17, 2	165[3]
(12, 2) 17, 3	131[2]
(12, 2) 18	131[2]
(12, 2) 34, 3	125[1], 131[2]
(12, 2) 35 pr.	165[2]
(12, 2) 42, 2	131[2]
(12, 3) 4 pr.	125, 165[2]
(12, 3) 7	121, 128, 129[1], 132[1]
(12, 6) 23, 3	97[4]
(12, 6) 28	310[1]
(12, 6) 60 pr.	309[5]
(13, 1) 4	180[1]
(13, 5) 5, 4	169[3]
(13, 5) 5, 5	169[3]
(13, 5) 5, 6	50[5]
(13, 5) 5, 7	50[5], 169[3]
(13, 5) 5, 8	169[3]
(13, 5) 5, 9	169[3]
(13, 6) 3, 2	122[1]

Digesta	Seite
(13, 6) 15	122[1]
(13, 6) 16	122[1]
(13, 7) 11 pr. § 1	310[3]
(14, 5) 2 pr.	185[1]
(14, 5) 5 pr.	185[1]
(15, 1) 1, 2	189[1]
(15, 1) 3, 10	190[2]
(15, 1) 3, 11	106[5], 148[2], 186[1], 188, 198[2]
(15, 1) 42	181[2]
(15, 1) 44	175[3]
(15, 1) 45	175[3]
(15, 1) 50, 2	310[1]
(15, 3) 10, 1—3	186[1]
(15, 3) 11	197[1]
(16, 2) 18 pr.	133[2]
(16, 2) 23	133[2]
(16, 3) 1, 37	283[2-4]
(16, 3) 1, 39	122[1]
(16, 3) 1, 42	175[3]
(16, 3) 31, 1	122[1]
(17, 1) 8, 1	15[3], 71[2]
(17, 1) 8, 3	100[4], 123[2]
(17, 1) 45, 1	52, 53, 55, 62[2], 67, 68[2], 159[1]
(17, 1) 45, 2	51[2], 56, 66[1]
(19, 1) 6, 7	175[3]
(19, 2) 54 pr.	310[1]
(20, 1) 13, 1	203[2]
(20, 1) 13, 4	310[3]
(20, 6) 1, 2	52, 58
(20, 6) 7, 2	132[3]
(20, 6) 8, 2	119[3], 120[1], 132[3]
(20, 6) 13	310[3]
(21, 2) 16, 1	168[3]
(21, 2) 21, 2	168[3]
(21, 2) 55 pr.	168[3]
(24, 3) 19	64[3]

Digesta	Seite
(26, 7) 1, 2	152[2]
(26, 7) 1, 3	151[1]
(26, 7) 2 pr.	164[2]
(26, 7) 28 pr.	163
(26, 7) 39, 6	244[1]
(26, 7) 39, 12	163
(26, 7) 46, 7	165[2]
(26, 9) 5 pr.	157[1]
(27, 3) 9, 4	126[2]
(27, 4) 6	158[4]
(27, 7) 4 pr.	244[1]
(27, 7) 4, 2	272[3]
(27, 7) 6	311[3]
(27, 7) 8, 1	241, 243
(27, 8) 4	244[1]
(29, 2) 37	239[2]
(29, 2) 57 pr.	231[1]
(29, 5) 1, 4	203[2], 206[1], 217[1]
(30) 45, 1—2	218[1]
(30) 70 pr.	218[1]
(35, 2) 18 pr.	199[1]
(36, 1) 80, 15	241[3]
(38, 1) 29	232[3]
(40, 5) 24, 21	216[3]
(40, 5) 26 pr.	216[3]
(40, 5) 26, 7	216[1]
(40, 5) 28 pr.	216[3]
(40, 5) 29	216[3]
(40, 5) 30 pr.	276[1]
(40, 5) 30, 16	216[3]
(40, 5) 36 pr.	216[1]
(40, 5) 51 pr.	216[3]
(40, 5) 51, 4	276[1]
(40, 5) 51, 9	216[1]
(40, 7) 2 pr.	203[2]
(40, 7) 3, 2	202[1]
(40, 7) 3, 7	203[2]
(40, 7) 3, 17	203[2]

Digesta	Seite
(40, 7) 6, 3	203[2]
(40, 7) 9 pr.	207[1]
(40, 7) 9, 2	206
(40, 7) 10	203[2]
(40, 7) 15, 1	203[2]
(40, 7) 16	203[2], 205[2]
(40, 7) 25	203[2]
(40, 7) 29 pr.	203[2]
(40, 7) 34 pr.	203[2]
(40, 12) 7, 4	62[3]
(40, 12) 23, 2	62[3]
(40, 12) 24, 3	62[3], 226(3)
(40, 12) 24, 4	220 ff., 226[2]
(40, 12) 36	299[1]
(42, 1) 4 pr.	136[2], 138[4]
(42, 1) 4, 2	50[3]
(42, 1) 4, 8	209
(42, 1) 6, 1	224[1]
(42, 1) 29	35[1]
(42, 1) 56	35[1]
(42, 1) 59	276[1]
(42, 2) 6, 4	131[2], 165[2]
(42, 4) 5, 1	286[2]
(42, 4) 7, 10	151[2]
(42, 4) 7, 11	151[2]
(42, 5) 5	151[2]
(43, 29) 3, 4	184[2]
(43, 30) 1, 1—3	184[2]
(44, 1) 20	280[2]
(44, 4) 11 pr.	97[2], 121
(44, 7) 5, 1	138[4]
(44, 7) 33	241[2]
(44, 7) 35, 1	170[2]
(44, 7) 39	175[2]
(44, 7) 59	241
(45, 1) 38, 1	189[2]
(45, 1) 100, 1	151[2]
(45, 1) 141 2	175[3]

Digesta	Seite
(46, 1) 8, 3	241[3], 310[1]
(46, 1) 10, 2	175[3], 185
(46, 1) 11	195[2]
(46, 1) 33	293 ff.
(46, 1) 73	272[3]
(46, 2) 1 pr.	17
(46, 2) 11, 1	54[3]
(46, 2) 29	286[1], 310[3]
(46, 3) 15	132[2]
(46, 3) 34, 9	285[1]
(46, 3) 61	285[1]
(46, 3) 69	209, 211[3]
(46, 3) 86	50[3], 108[2], 132[2]
(46, 3) 93 pr.	256[2]
(46, 4) 20	304[1]
(46, 5) 2, 2	265[1]
(46, 6) 8	126[2]
(46, 7) 2	36[3]
(46, 7) 3 pr.	313, 314[1]
(46, 7) 3, 8	304[1]
(46, 7) 5, 1	36
(46, 7) 5, 3	138[4], 268[2]
(46, 7) 5, 4	288[2]
(46, 7) 5, 6	64[2]
(46, 7) 5, 7	36[2], 261, 264, 266
(46, 7) 7	60, 91[2]
(46, 7) 8	36[3]
(46, 7) 10	119[2], 120[2]
(46, 7) 11	36[3]
(46, 7) 13 pr.	36[3]
(46, 7) 13, 1	57, 122[2]
(46, 7) 20	311[3], 313, 314[2], 318
(46, 8) 5	52, 68
(46, 8) 8, 1	310[2]
(46, 8) 15	82[2]
(46, 8) 22, 8	47[2]
(47, 1) 1 pr.	288[2]
(47, 2) 42 1	215[2]

Seite

Digesta

(47, 2) 52, 4 . . . . . 198[3]
(47, 2) 57, 4 . . . . . 165[2]
(47. 2) 62, 5 . . . . . 190[4]
(47, 2) 65 . . . . . 207[2]
(47, 10) 1, 3—5; 8—9 . . 227[3]
(47, 10) 5 pr. . . . . 230[1]
(47, 10) 5, 6 . . . . . 230[1]
(47, 10) 7, 3 . . . . . 230[1]
(47, 10) 11, 7 . . . . . 230[1]
(47, 10) 13 pr. . . 241[3], 248[1]
(47, 10) 15, 8 . . . . . 230[1]
(47, 10) 15, 22 . . . . 230[1]
(47, 10) 15, 43 . . . . . 230[1]
(47, 10) 15, 48 . . . . 230[1]
(47, 10) 17, 2 . . . . . 230[1]
(47, 10) 17, 7 . . . 207[3], 230[1]
(47, 10) 17, 10 . . . . . 227 ff.
(47, 10) 17, 12 . . . . . 229[2.3]
(47, 10) 17, 14 . . 230, 241[3]
(47, 10) 17, 21 . . . . . 228[3]
(47, 10) 17, 22 . . 228[3], 231, 241[3]
(47, 10) 18, 2, 4—5 . . . 227[3]
(47, 10) 23 . . . . . 230[1]
(47, 10) 28 . . . . 241[3], 243[1]
(47, 10) 29 . . . . . 230[1]
(47, 10) 30, 1 . . . . . 227[3]
(47, 10) 36 . . . . 192, 230[1]
(47, 10) 41 . . . . . 227[3]
(48, 11) 7 pr. . . . 62[3], 311[1]
(49, 1) 4, 5 . . 100[1], 121, 128[1]
(49, 1) 19 . . . . . 272[3]
(49, 1) 20 pr. . . . . 272[3]
(49, 1) 27 . . . . . 117[1]
(49, 1) 28, 2 . . . . . 163[2]
(49, 8) 2, 1 . . . . . 276[1]
(49, 9) 2 . . . . . 120[1]
(49, 10) 2 . . . . . 117[1], 168

Seite

Digesta

(49, 13) 1, 1 . . . 117[1], 167
(49, 14) 13, 9 . . . . . 232[5]
(49, 17) 18, 5 . . . . . 198[3]
(49, 17) 14 pr. § 1 . . . 199[1]
(49, 17) 9 . . . . . 199[1]
(50, 5) 13, 2 . . . . . 310[5]
(50, 5) 13, 3 . . . . 192, 311[2]
(50, 8) 5, 1 . . . . . 169[3]
(50, 16) 12 . . . . . 241[3]
(50, 16) 158 361
(50, 17) 58 . . . . 148[1], 188
(50, 17) 87 . . . . 241[3], 286[1]

Festus (Bruns, fontes II)

S. 5 (cognitor) . . . . . 81[2]
S. 43 (subditus) . . 311[4], 319

Gaius

1, 184 . . . . . 126[2]
2, 91 . . . . . 213[1]
2, 154 . . . . . 253[3]
2, 155 . . . . . 253[3]
2, 158 . . . . . 232[2]
2, 200 . . . 203[3], 206[1], 217[1]
3, 84 . . . . . 181[2], 233[4]
3, 176 17
3, 180 . . . . . 4, 8[1]
3, 181 . . . . . 8[1]
3, 221 . . . . . 227[3]
4, 34 . . 256[1], 259[3], 290[1], 320[1.3]
4, 36 . . . . . 320[1]
4, 37 . . . . . 320[1]
4, 46 . . . . . 320[1]
4, 47 . . . . . 281[2], 320[1]
4, 75 190
4, 77 . . . . . 285[1]
4, 78 . . . . . 207[2]
4, 81 . . . . . 203[1]

Seite

Gaius

4, 83 . . . . . 81, 82[1.2]
4, 84 . . . . . 149[1]
4, 86 . . . . . 123[1], 268, 320[1.5]
4, 87 . . . . . 268[2]
4, 89 . . . . . 75[1]
4, 91 . . . . . 59[1]
4, 97 . . . . . 149[1]
4, 98 . . . . . 47[1]
4, 101 . . . . . 60[3], 111[2]
4, 102 . . . . . 75[1]
4, 104 . . . . . 64[3]
4, 106 . . . . . 8[1]
4, 114 . . . . . 263[2]
4, 125 . . . . . 97[4], 280[3]
4, 136 . . . . . 320[1]
4, 171 . . . . . 76[4]
5, 180 . . . . . 76[4]
4, 184 . . . . . 39[2]

Gai. Aut.

(Krüger, Z. R. G. 37)

4, 82ff. . . . . 203[1]
4, 110 . . . . . 8[3]

Gellius

12, 13, 1 . . . . . 24[4], 27[1]
14, 2, 13 . . . . . 20[2]
14, 2, 14 . . . . . 21[2]
14, 2, 18—19 . . . . . 20[3]
14, 2, 25 . . . . . 21[1]
20, 1, 46—47 . . . . . 182[4]

Inschriften

C. I. L. II 4223 . . . . . 26[2]
C. I. Gr. I 1711 . . . . . 62[3]
I 1732 . . . 29[3], 62[3]

Seite

Institutiones

(1, 6) pr. § 3 . . . . . 25[3]
(1. 23) 2 . . . . . 151[1]
(3, 27) 2 . . . . . 158[4]
(4, 4) 2 . . . . . 227[3]
(4, 8) 3 . . . . . 184[1]
(4, 8) 6 . . . . . 207[2]
(4, 8) 7 . . . . . 191[2]

Interpretatio

zu C. Th. (2, 12) 7 . . . 80[1]

Isidor.

differr. 1, 123 . . . . . 81[2]

Leges

Rubria . . . 62[3], 175[3], 320[1]
Urson . . . . . 24[1], 27[2], 62[3]

Lex convivalis

(Pernice, Z. R. G. 20 S. 96)

Z. 21 ff. . . . . 243[1]

Novellae

124, 1 . . . . . 23[1]

Papyri

P. B. G. U. 1019 . . . . 246[1]
P. Catt. Verso . 28(2), 29[3], 62[3], 246[1]
P. Lond. 2 S. 152ff. . . 28(5), 62[3]
P. Oxy. 71 . . . . . 321[1]
P. Tor. 1 . . . . . 237[1]

Paulus

sententiae

2, 21a, 9—10 . . . . . 182[2]
5, 4, 3 . . . . . 227[3]
5, 9, 1 . . . . . 314[1]

Seite

Quintilian.

inst. or.

III 6, 14; 60; 69ff. . . . . 17[1]

Schol. Bas. (Heimbach)

Schol. zu Bas. 21, 2, 6 . 271[1]
Schol. zu Bas. 60, 5, 15 . 202[2]
Schol. Doroth. zu D (47, 10) 17, 21 . . . . . 228[3]
Schol. Steph. zu D (3, 2) 6, 2 . . . . . 268[1], 270
Schol. Steph. zu D (3, 3) 27, 1 . . . . . 75[2]
Schol. Steph. zu D (3, 3) 75 . . . . . 287[1]
Schol. Steph. zu D (12, 3) 4 pr. . . . . 126[2], 128[1]
Schol. Thal. zu C (2, 9) 1 . . . . . 124[3]

Seite

Schol. Bas. (Heimbach)

Schol. Thal. zu C (2, 12) 20 . . . . . 7, 114

Seneca

ep. 117, 6 . . . . . 9[2]

Ulpian.

regulae

2, 1—3 . . . . . 203[2]
2, 7—9 . . . . . 215[3]

Vat. fragm.

317 . . . . . 111[3]
331 . . . . . 111[3]
332 . . . . 54[4], 62[1], 107[1], 142[4]
333 . . . . . 49[4]
335 . . . . . 50[5], 108[1]
341 . . . . 40, 87, 91[3], 105, 120[3]

Zusätze und Berichtigungen.

Zu S. 4 ff. vgl. jetzt Bekker, Z. R. G. 38 S. 68, 70 N. 1 und Wlassak, ebenda. S. 137 ff.

Zu S. 22, 23 vgl. Kipp in der Hallenser Festgabe für Windscheid S. 106 ff.

Zu S. 29 N. 3: die Kenntnis der daselbst zitierten Inschrift verdanke ich einer freundlichen Mitteilung des Herrn Dr. J. Partsch in Breslau.

S. 36 N. 2 Zeile 2 von unten lies *iuriarum* statt *niuriarum*.

S. 106 N. 3 „ 3 „ „ „ προκουρατωρίως statt προκουρατορίως und μεταβαίνει statt μεταβαινει.

S. 124 N. 2 „ 10 „ „ „ Kognitors statt Kognitor.

S. 139 (N. 4 ex S. 138) Zeile 13 von oben lies einer statt eine.

S. 151 N. 1 Zeile 11 von oben lies *minorum* statt *mitnorum* und Zeile 4 von unten lies C (3, 6) 2 statt C (3, 16) 2.

S. 156 Zeile 1 von oben lies Bas. 38, 2, 39 statt Bas. 38, 8, 39.

Zu S. 205 vgl. Sell, Aus dem Noxalrechte der Römer S. 53.

S. 217 Zeile 10 von unten lies wegen statt weges.

S. 220 N. 1 lies D (9, 1) 1, 16 statt D (9, 2) 1, 16.

S. 226 Zeile 10 von oben lies *habetur* statt *h betur*.

S. 228 „ 15 „ „ „ auffällig statt auffälig.

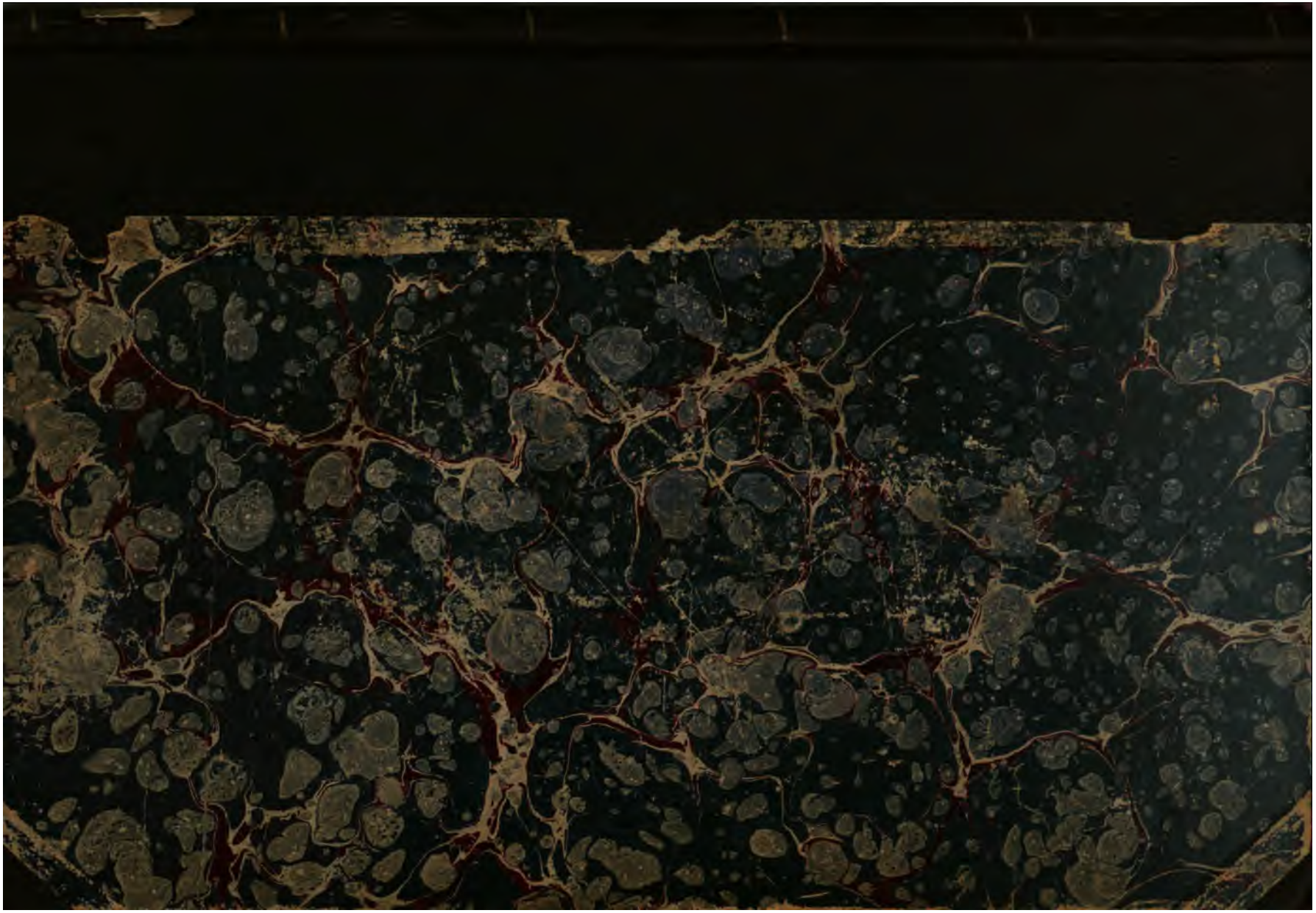
Zu S. 237 N. 1 vgl. Wlassak, Z. R. G. 38 S. 126 N. 3 und Erman, ebenda S. 460, 461.

S. 249 N. 5 Zeile 3 von unten lies *possidendis* statt *vossidendis*.

S. 269 (N. 4 ex S. 268) Zeile 11 von unten lies D (9, 4) 28 statt D (9, 5) 28.

S. 289 N. 1 Zeile 3 von unten lies *praescriptio* statt *praescriptio*.

S. 308 N. 4 letzte Zeile lies *mortui* statt *mortu*.

Zu S. 314 N. 4 vgl. Wlassak, Z. R. G. 38 S. 134 N. 1.

Schlossmanns Buch „Litis contestatio" (Leipzig 1905) ist erst während des Druckes erschienen und konnte daher leider nicht mehr berücksichtigt werden.